Das

Civilproceßverfahren

des

Königreichs Hannover.

Ein Beitrag zur deutschen Civilproceßgesetzgebung, unter Benutzung der Acten des Königlich Hannoverschen Justizministeriums

bearbeitet von

Dr. A. Leonhardt,

Ober-Justizrath im Königlich Hannoverschen Justizministerium.

Hannover.

Helwing'sche Hofbuchhandlung.

1861.

Druck von Ph. C. Göhmann in Hannover.

Inhaltsübersicht.

Einleitende Bemerkungen.

1. Veranlassung dieser Schrift . . . . §. 1
2. Zweck dieser Schrift . . . . §. 2

I. Zur Gerichtsverfassung.

1. Die Gerichte der ersten Instanz . . . . §. 3
2. Die Gerichte der höheren Instanzen . . . . §. 4
3. Die Kronanwaltschaft . . . . §. 5
4. Die Gerichtsschreiber und Gerichtsvögte . . . . §. 6
5. Die Anwälte und Advocaten . . . . §. 7
6. Anhang. Gerichte, Gerichtspersonal und Besoldungsverhältnisse . . §. 8

II. Zum Proceßverfahren.

1. Allgemeiner Gang des Verfahrens . . . . §. 9
2. Raschheit und Gründlichkeit des Verfahrens . . . . . . §§. 10–12
3. Der Grundsatz der Oeffentlichkeit . . . . §. 13
4. Der Grundsatz der Mündlichkeit . . . . §§. 14–17
5. Die richterliche Proceßleitung . . . . §. 18
6. Die Eventualmaxime . . . . §§. 19–20
7. Der erste Termin und die Vorverhandlung über Proceßeinreden . §. 21
8. Außergerichtliches schriftliches Vorverfahren . . . . §. 22
9. Das Beweisinterlocut . . . . §§. 23–24
10. Das Ungehorsamsverfahren und der Einspruch . . . . §. 25
11. Die Urtheilsfällung . . . . §. 26
12. Das amtsgerichtliche Proceß- und Mahnverfahren . . . . §. 27
13. Die Berufung . . . . §§. 28–30
14. Die Richtigkeitsbeschwerde . . . . §. 31
15. Die Zwangsvollstreckung und der Concurs . . . . §. 32
16. Schlußbemerkungen . . . . §. 33

Einleitende Bemerkungen.

---

§. 1.

1. Veranlassung dieser Schrift.

Obwohl der Verfasser den Verhältnissen, welche den Gegenstand der nachfolgenden Zeilen bilden, nahe steht, so sind diese doch als eine reine Privatarbeit anzusehen, welche rasch entworfen und zum Theil erst während des Druckes niedergeschrieben, die Nachsicht des geneigten Lesers in der einen oder anderen Beziehung in Anspruch nimmt.

Die äußere Veranlassung, diese Arbeit zu unternehmen, lag in dem Umstande, daß die bürgerliche Proceßordnung für das Königreich Hannover vom 8. November 1850 in neuester Zeit und gleichsam über Nacht einen außerordentlichen Ruf in ganz Deutschland gewonnen hat, kurze Zeit nachdem die Hannoverschen Juristen, welche auf dem ersten Juristentage das Proceßrecht ihres Landes gegen die Waldeck'schen Thesen vertheidigten, mit Hohn auf die Feudalzustände ihres Landes verwiesen worden waren in einem Berliner Blatte, welches zugleich den Ober-Tribunalrath Waldeck verherrlichte, der dann aber seinerseits wenige Wochen später in der Sitzung der juristischen Gesellschaft zu Berlin vom 20. October 1860 der bürgerlichen Proceßordnung für das Königreich Hannover ein überaus glänzendes und um so bedeutungsvolleres Zeugniß ausstellte, als der Aussteller selbst des Rufes großer juristischer und legislativer Capacität sich erfreut.

Es liegt dem Hannoveraner nicht im Blute, Lobredner der öffentlichen Zustände seines Landes zu sein, und schwerlich dürfte ein Hannoveraner ein Nennenswerthes zu dem Ansehen beigetragen haben, dessen sich die Civilrechtspflege des Landes in den übrigen deutschen Staaten, insbesondere auch bei den Regierungen derselben, erfreut. In dieser Beziehung sind Nicht-Hannoveraner thätig gewesen, welche durch eingehendes Studium der Gesetze völlig ausgerüstet zu dem Werke, welches sie unternahmen, während eines längeren Aufenthalts in den Hannoverschen Landen Zeit und Gelegenheit fanden, eine gründliche Kenntniß darüber zu erlangen, wie das Civilproceßgesetz in den verschiedensten Kreisen des Rechtslebens sich praktisch bewährt.

Während die Wissenschaft beschäftigt ist, die Vorzüge der Hannoverschen Civilproceßordnung zu entwickeln, das Organ des Juristentages gelegentlich der Mittheilung des Königlich Preußischen Erlasses vom 25. Februar 1861 dringend befürwortet, daß die Hannoversche Civilproceßordnung ohne Weiteres zum Gegenstande der Berathung in einer Staaten-Conferenz zu machen und für letztere nicht erst eine besondere Preußische oder Oesterreichische Vorlage auszuarbeiten sei, erklärt der Königlich Würtembergsche Justizminister in der Kammer der Abgeordneten, daß sein Bemühen für eine gemeinsame deutsche Civilproceßgesetzgebung auf Grundlage der Hannoverschen bürgerlichen Proceßordnung von Erfolg gewesen, daß eine Reihe bedeutender deutscher Staaten sich damit einverstanden erklärt, daß auch der neue Oesterreichische Justizminister dem Plane geneigt sei, daß wahrscheinlich schon in der nächsten Zeit Einladungen erfolgen würden, um an einem bestimmten Orte Hannovers durch Bevollmächtigte weitere Verhandlungen eintreten zu lassen.

Wenngleich es dieser Schrift fern liegt, für die Civilrechtspflege des Hannoverschen Landes lobredend aufzutreten, so mag doch hervorgehoben werden, daß, falls es überhaupt zur Zeit möglich sein sollte, eine gemeinsame deutsche Civilproceßgesetzgebung herzustellen, dieses wohl nur auf Grundlage der Hannoverschen Civilproceßordnung oder, wenn man dieses lieber will, auf Grund der dieses Gesetz beherrschenden Grundprincipien geschehen mag. Hat die Hannoversche Civilproceßordnung überhaupt ein Verdienst, so besteht dieses wesentlich darin, daß sie die großen Grundsätze, welche der code de procédure aus früheren Jahrhunderten gerettet hat, mit voller

Consequenz durchgeführt und nicht ohne kühnen glücklichen Griff mit dem gemeinen deutschen Proceßrechte, wie dieses sich bis zum Ende der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts durch deutsche Wissenschaft und Gesetzgebung herausgebildet hatte, in Verbindung gesetzt hat. So liegt das Gesetz gleichsam in der Mitte zwischen dem romanischen und deutschen Processe und ist wohl geeignet, die verschiedenen Proceßprincipien zu vermitteln.

Allein eine ganz andere Frage ist die, ob es denn überhaupt zur Zeit, d. h. den zur Zeit in den Einzelnstaaten bestehenden Proceßsystemen gegenüber, möglich sei, ein Werk zu Stande zu bringen, von dem man auch nur einigermaßen sicher erwarten könnte, daß es von den Einzelnstaaten Deutschlands zum Civilproceßgesetz werde erhoben werden. Man mag das hoffen, weil man es wünscht, allein die Hoffnung wird sich doch auf der allerniedrigsten Stufe halten müssen. Die Conferenz zu Nürnberg hat nach langer Zeit und großen Mühen den Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs zu Stande gebracht. Eine zweite Conferenz wird den großen Vortheil haben, an den Fehlern, welche jene erste Conferenz nicht wohl vermeiden mochte, lernen zu können. Allein die Aufgabe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs ist gegenüber der Aufgabe einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung eine verhältnißmäßig leichte, die letztere Aufgabe jedenfalls die schwierigste, welche der deutschen Gesetzgebung überhaupt gestellt werden kann. Keine andere Rechtsdisciplin berührt so sehr die Interessen der an der Rechtspflege betheiligten Personen, der Richter, insbesondere aber der Advocaten, und steht mit anderen Verhältnissen, insbesondere mit der Gerichtsverfassung des Landes in so nahem Zusammenhange. Nirgends fehlt es so sehr wie in civilproceßrechtlichen Dingen an ganz Deutschland gemeinsamen allgemeinen Grundlagen, auf welche man sich stellen und den Bau beginnen könnte. Die Deutschen reden in civilproceßrechtlichen Dingen ganz verschiedene Sprachen, wodurch allein schon eine Verständigung, wenn überhaupt nicht ausgeschlossen, so doch im hohen Grade erschwert wird. Wie soll der Rheinländer mit dem gemeinrechtlichen Juristen, wie sogar mit dem sächsischen Processualisten sich verständigen? Das Bedenken, welches in diesen Zuständen liegt, mußte einem jeden Mitgliede der Nürnberger Handelsconferenz, auch wenn es ihm früher nicht entgegen-

getreten war, klar werden, als es sich um die Feststellung des Entwurfs eines Gesetzes über die von den deutschen Staaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe handelte.

Daß übrigens zur Zeit die Aufgabe einer allgemeinen deutschen Civilproceßgesetzgebung ganz in den Vordergrund tritt, ist durch die Proceßzustände der bei weitem meisten Einzelnstaaten Deutschlands, welche ganz vorzugsweise dringend der Abhülfe bedürftig sind, sehr leicht erklärlich. Wir können wünschen, daß der Versuch gelingen möge, fürchten aber sehr, daß er in dem Stadium wenn nicht der Vorbereitung, so doch der Nichtbeendigung stehen bleiben werde.

§. 2.

2. Zweck dieser Schrift.

Wenn es von den verschiedensten Seiten her für erwünscht gehalten wird, daß die Hannoversche Civilproceßordnung für eine allgemeine deutsche Civilproceßgesetzgebung die Grundlage bilde, so wird diese Schrift als ein Beitrag zu einer allgemeinen Civilproceßgesetzgebung bezeichnet werden können, obwohl sie nicht speciellere Vorschläge für dieselbe enthält, sondern sich darauf beschränkt, die gedachte Grundlage näher zu betrachten und nach verschiedenen Seiten hin zu prüfen.

Das genauere Verständniß des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten läßt sich aus der Proceßordnung vom 8. November 1850 jedenfalls nur in Folge eines sehr eingehenden und gründlichen Studiums gewinnen, welches wohl nur die Wenigsten von denen, welche an der Reform des Civilproceßrechtes ein lebhafteres Interesse nehmen, dem Gesetze widmen können. Und selbstverständlich kann aus dem Gesetze nichts für die Beantwortung der so äußerst wichtigen Frage entnommen werden, ob die Hauptprincipien des Gesetzes sich praktisch bewährt haben: denn in legislativen Dingen ereignet es sich gar leicht, daß Vorschriften, welche den größten theoretischen Bedenken ausgesetzt sind, zu praktischen Unzuträglichkeiten überall nicht führen, umgekehrt aber principiell völlig gerechtfertigte Normen als dem Bedürfnisse des Rechtslebens entsprechend sich nicht erweisen.

Der Zweck dieser Schrift geht nun dahin, zuvörderst den Zusammenhang zu entwickeln, in welchem das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten mit der Gerichtsverfassung des Landes steht, sodann aber, insoweit dieses die legislative und nicht doctrinelle Tendenz der Schrift erheischt, die Hauptprincipien des Verfahrens darzulegen und zu erläutern, besonders aber Mittheilungen in Betreff der Erfahrungen zu machen, welche im Laufe von fast neun Jahren darüber gemacht worden sind, ob und inwieweit jene Hauptprincipien des Verfahrens sich practisch bewährt haben.

Mittelst eines General-Rescripts vom 29. December 1854 sprach das Königlich Hannoversche Justizministerium sich dahin aus, daß dasselbe, nachdem nunmehr seit dem Inslebentreten der bürgerlichen Proceßordnung ein Zeitraum von mehr als zwei Jahren verflossen sei, im Interesse der bürgerlichen Rechtspflege, insbesondere der Fortbildung des bürgerlichen Proceßrechts, den Wunsch hegen müsse, von den Erfahrungen Kenntniß zu nehmen, welche die Vorsitzenden derjenigen Abtheilungen der höheren Gerichte, zu deren Zuständigkeit die bürgerliche Rechtspflege gehöre, bezüglich dieser gewonnen hätten. Demgemäß forderte dasselbe jährliche Berichte über die von den Vorsitzenden der höheren Gerichte gemachten Erfahrungen über eine Reihe näher formulirter Fragen, welche den legislativen Werth sowohl der Grundprincipien, als einzelner besonders wichtigen Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung betreffen. In Folge dieses General-Rescripts sind alljährlich, zuerst in den Anfangsmonaten des Jahres 1855, Berichte erstattet, welche sowohl im Allgemeinen als im Einzelnen von großem legislativen Werthe sind[1]. Indem wir aus diesen Berichten umfassende Mittheilungen machen[2], glauben wir dieser Schrift einen Werth zu sichern, sei es für eine allgemeine deutsche Civilproceßgesetzgebung, sei es für die Reform des Civilproceßrechts in den Einzelstaaten Deutschlands, sei

---

[1]) Dieselben sind den Regierungen von Oesterreich, Sachsen, Würtemberg und Großherzogthum Hessen und bei Rhein vollständig oder extractsweise auf deren Wunsch von der Hannoverschen Regierung mitgetheilt worden.

[2]) Es ist diesen Berichten die Erkennbarkeit hinsichtlich der Person des Verfassers entzogen; nur bei einzelnen Berichten, deren Verfasser sich eines großen Ansehens erfreuten, aber verstorben sind, erschien es unbedenklich und von Interesse, den Namen anzuführen.

es endlich für die Gesetzgebungswissenschaft in civilproceßrechtlichen Angelegenheiten.

Als die bürgerliche Proceßordnung mit dem 1. October 1852 ins Leben trat, waren die Aussichten für sie nicht gerade die glänzendsten. Man mochte insbesondere fürchten, daß verschiedene, in hohem Ansehen stehende Präsidenten der höheren Gerichte, welche als frühere Mitglieder der Civilsenate des höchsten Landesgerichts während einer langen Reihe von Jahren an ein schriftliches, überaus gründliches Verfahren sich gewöhnt hatten, nicht leicht mit den neueren Proceßnormen sich befreunden dürften. Diese Befürchtung erwies sich jedoch als eitel; vielmehr traten gerade diese Präsidenten, von welchen die meisten jetzt bereits verstorben, in ihren Berichten als die eifrigsten Anhänger des neuen Verfahrens auf.

I.

Zur Gerichtsverfassung.

§. 3.

1. Die Gerichte der ersten Instanz.

Die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird von dem Oberappellationsgerichte, den Obergerichten und Amtsgerichten verwaltet.

Die Amtsgerichte und Obergerichte, und zwar die letzteren in ihrer Organisation als kleine und große Senate, von denen diese mit fünf, jene mit drei Richtern besetzt sind, bilden die Gerichte erster Instanz. Die Zuständigkeit dieser verschiedenen Gerichte und Gerichtsabtheilungen richtet sich in der Hauptsache nach dem Werthbetrage des Streitgegenstandes, indem Rechtsstreitigkeiten bis zum Werthe von 150 Thlr. zur Zuständigkeit der Amtsgerichte, Rechtsstreitigkeiten bis zum Werthe von 300 Thlr. zur Zuständigkeit der kleinen Senate der Obergerichte, Rechtsstreitigkeiten, deren Werth den Betrag von 300 Thlr. übersteigt, zur Zuständigkeit der großen Senate der Obergerichte gehören[1]). Diese dreifache Scheidung der Gerichtsbarkeit, durch die Landesverhältnisse geboten, an sich von großen principiellen Bedenken, hat in dem

---

[1]) §§. 4. 8—10 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 31. März 1859. — §§. 1—4 der bürgerlichen Proceßordnung. — Wegen der Ausnahmen von der Regel vergl. §. 4 des Ges. v. 31. März 1859 und §. 16 der B. P. O.

Zeitraume vieler Jahre praktische Unzuträglichkeiten nicht herbeigeführt. Verschiedene processualische Vorschriften zielen darauf ab, die Nachtheile zu heben, welche in einzelnen Fällen die Trennung der Gerichtsbarkeit nach Summen mit sich führt. Von großer Bedeutung ist in dieser Beziehung der erweiterte Einfluß der Privatwillkür auf die Zuständigkeit der Gerichte, indem die Parteien durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung ein der Summe nach nicht zuständiges Gericht ohne Rücksicht auf dessen Einwilligung zum zuständigen machen können. Dieses gilt im Verhältnisse der Amtsgerichte zu den Obergerichten, im Verhältnisse der Obergerichte zu den Amtsgerichten, im Verhältnisse der Abtheilungen der Obergerichte zu einander, nur mit der einzelnen Abweichung, daß die großen Senate der Obergerichte sich von Amtswegen für unzuständig erklären müssen, wenn ihre Unzuständigkeit aus dem eigenen Vorbringen der Parteien offenbar hervorgeht [1]. Der erweiterte Einfluß der Privatwillkür auf die Zuständigkeit der Gerichte ist, insofern die Erweiterung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit durch zur gesetzlichen Zuständigkeit der Obergerichte gehörende Sachen in Frage steht, sehr bedeutend, allerdings nach den verschiedenen Landestheilen verschieden und im Laufe der Zeit nachlassend, in den übrigen Beziehungen dagegen nur verhältnißmäßig unerheblich gewesen. Neben den großen Vortheilen, welche der Grundsatz darbietet, verschwindet die Gefahr des Mißbrauchs, welcher derselbe allerdings ausgesetzt ist. Einer von mehreren Anwälten eines Obergerichts getroffenen Vereinbarung, die gesetzlich zur Zuständigkeit des großen Senats gehörenden Rechtssachen der Regel nach vor dem kleinen Senate anhängig zu machen, trat auf Veranlassung des höchsten Landesgerichts die oberste Justizverwaltungsbehörde mit Entschiedenheit und Erfolg entgegen.

§. 4.

2. Die Gerichte der höheren Instanzen.

Die Obergerichte bilden zugleich Gerichte für die höheren Instanzen, und zwar in zweifacher Beziehung:

1) im Verhältnisse zu den Amtsgerichten, indem Berufungen und einfache Beschwerden wider amtsgerichtliche Erkenntnisse an den

---

[1] §. 19 der B. P. O.

kleinen Senat, Richtigkeitsbeschwerden wider amtsgerichtliche Erkenntnisse an den großen Senat des vorgesetzten Obergerichts gehen;

2) im Verhältnisse zu den kleinen Senaten desselben bez. eines beigelegten Obergerichts, indem Berufungen und einfache Beschwerden wider Verfügungen dieser kleinen Senate an die großen Senate gehen.

Diese letztere organische Einrichtung, in Folge welcher eine Abtheilung eines Gerichts über die Verfügungen einer anderen Abtheilung desselben Gerichts erkennt, wohl nicht ohne principielle Bedenken, aber durch die Verhältnisse des Landes in Verbindung mit den Grundsätzen des Proceßverfahrens geboten, hat zu praktischen Unzuträglichkeiten nicht geführt; wenigstens sind solche zur Kenntniß der obersten Justizverwaltungsbehörde nicht gelangt und, soweit bekannt, Stimmen, welche eine Abänderung verlangt hätten, nie laut geworden.

Das Oberappellationsgericht, als oberstes Landesgericht, entscheidet in seinen drei Civilsenaten mit geographisch abgegrenzter Zuständigkeit über Berufungen und einfache Beschwerden gegen Verfügungen der großen Senate der Obergerichte, sowie über Richtigkeitsbeschwerden gegen Verfügungen sowohl der großen als der kleinen Senate der Obergerichte.

Nachdem die Schwierigkeiten, welche jeder Uebergang von alten in neue Verhältnisse mit sich führt, seit mehreren Jahren überwunden sind, verbinden die Civilsenate des höchsten Landesgerichts mit dem Ruhme unparteiischer und gründlicher Rechtspflege den einer raschen Erledigung der Geschäfte und halten den unter der Herrschaft des alten Verfahrens gewonnenen Ruf unter der Herrschaft des neuen Verfahrens in aller Maße aufrecht.

Neben den drei Civilsenaten besteht ein Cassationssenat, welcher über die gegen Verfügungen der Civilsenate zur Hand genommenen Richtigkeitsbeschwerden, sowie über sämmtliche Richtigkeitsbeschwerden zur Wahrung des Gesetzes zu urtheilen hat. Der Cassationssenat wird aus den vier Präsidenten bez. Vicepräsidenten und zwölf Räthen gebildet, welche letztere, und zwar drei aus jedem Senate, auf gutachtlichen Vortrag des Präsidiums vom Könige auf ihre Dienstzeit ernannt werden. Derselbe urtheilt stets mit neun, bei der angefochtenen Entscheidung nicht betheiligten Richtern. Diese Bildung des Cassationssenats ist auf Grund eines Gesetzes vom 31. März

1859 an die Stelle einer älteren, welche auf den Geschäftsbetrieb des Gerichts sehr nachtheilig einwirkte, getreten. Zu gleicher Zeit trat eine Aenderung in der Zuständigkeit des Cassationssenats insofern ein, als früher auch die Nichtigkeitsbeschwerden gegen Verfügungen der Obergerichte zur Zuständigkeit des Cassationssenats gehörten, eine Aenderung, welche schon als einfache Consequenz aus dem Systeme der Nichtigkeitsbeschwerde selbst sich rechtfertigte.

§. 5.

3. Die Kronanwaltschaft.

Wenngleich die Theilnahme der Kronanwaltschaft an der Civilrechtspflege eine so umfangreiche wie hinsichtlich der Strafrechtspflege, ihre Stellung zu der Civilrechtspflege eine so organisch feste wie nach der Gerichtsverfassung Frankreichs und der Rheinstaaten nicht ist, so ist sie dennoch eine recht bedeutende, deren Gewicht nicht unterschätzt werden darf, wenn es um die Beurtheilung des bürgerlichen Proceßverfahrens sich handelt.

Als Organ des Justizministeriums führt die Kronanwaltschaft die Dienstaufsicht über Anwälte und Advocaten, insbesondere aber über die Gerichtsvögte, welche eine verhältnißmäßig freie Stellung einnehmen.

Ein Vertreter der Kronanwaltschaft kann in jeder Civilaudienz der höheren Gerichte erscheinen, um seine gutachtliche Erklärung über einen in Frage befindlichen Gegenstand abzugeben; er kann zu diesem Zwecke eine zuvorige Mittheilung der Proceßacten begehren. Für gewisse Streitsachen, welche ein öffentliches Interesse, den Staat und insbesondere die Justizverwaltung berühren, ist die zuvorige Mittheilung der Proceßacten an die Kronanwaltschaft vorgeschrieben, um derselben Gelegenheit zu gewähren, insoweit ihr dieses angemessen erscheint, sich gutachtlich zu äußern. Die Kronanwaltschaften haben von dieser, durch das Gesetz ihnen gewährten Befugniß bislang nur einen verhältnißmäßig geringen Gebrauch gemacht, was in den äußeren Umständen der Geschäfte und der Besetzung seinen Grund haben wird.

In den vom 1. Januar 1855 bis 1. Januar 1859 bei den Obergerichten anhängig gemachten Sachen trat die Kronanwaltschaft 50mal auf.

Neben dieser allgemeineren liegen den Kronanwaltschaften wichtige speciellere Functionen ob, welche sich auf Geschäfte beziehen, die zwar gerichtlicher Natur sind, jedoch nicht sowohl ein eigentliches Rechtsprechen erfordern, als einen Gegenstand der Justizverwaltung bilden, als eine Justizpolizeisache sich darstellen. So concurriren die Kronanwaltschaften, wenn es sich handelt um die Bestimmung des rechten Richters, um die Behinderung eines Gerichts, um die Ablehnung eines Amtsrichters, um die Weigerung eines Anwalts, die Vertretung einer Proceßpartei zu übernehmen, um Beschwerden über Verweigerung oder Verzögerung der Rechtspflege und in anderen, diesen ähnlichen Fällen[1]). Imgleichen ist die Bewilligung des Armenrechts den Kronanwaltschaften, unter völligem Ausschlusse der Gerichte, überwiesen.

Da bei den Amtsgerichten eine Kronanwaltschaft mit allgemeineren Functionen nicht besteht, so werden die nach der bürgerlichen Proceßordnung den Kronanwaltschaften überwiesenen Geschäfte, soweit dieselben überhaupt bei den Amtsgerichten vorkommen können, von den Amtsrichtern als Justizverwaltungsbeamten wahrgenommen.

Während die dargelegte Art der Theilnahme der Kronanwaltschaften an der Civilrechtspflege nicht angefochten worden ist, hat die Vorschrift des §. 30 der bürgerlichen Proceßordnung, wonach die geschäftliche Verbindung der Gerichte unter sich und mit anderen Behörden, insoweit Gerichte in Frage stehen, bei welchen eine Staatsanwaltschaft sich befindet, durch die letztere vermittelt werden soll — überall keinen Beifall sich gewinnen können. Von fast sämmtlichen Gerichten als bedeutungslos und den Geschäftsgang erschwerend angefochten, ist sie durch das Gesetz vom 31. März 1859 aufgegeben worden. Dieses bestimmt im §. 2, daß die Art und Weise, wie die geschäftliche Verbindung der Gerichte unter sich, so wie mit anderen Behörden zu vermitteln, reglementarisch zu ordnen sei und ist diese reglementarische Ordnung dahin erfolgt, daß die geschäftliche Verbindung der Gerichte unter sich, sowie mit anderen Behörden ohne Vermittelung der Staatsanwaltschaft vor sich gehen soll.

---

[1]) Das Speciellere bei Leonhardt, Bürgerliche Proceßordnung. 3. Aufl. S. 70. Note 1.

§. 6.

4. Die Gerichtsschreiber und Gerichtsvögte.

Sämmtlichen Gerichten des Landes sind Gerichtsschreiber beigeordnet, bei den höheren Gerichten Secretaire, bei den Amtsgerichten Actuare genannt. Den Gerichtsschreibern liegen außer der Protokollführung und verschiedenen, den äußern Geschäftsgang bezielenden Geschäften mehrere specielle Functionen ob, welche nach der frühern Gerichtsverfassung dem Richter anheimfielen. Zum Protokolle des Gerichtsschreibers werden processualische Cautionen bestellt und Rechtsmittel angemeldet; die Gerichtsschreiber gewähren sowohl den Proceßparteien, als auch mit der letzteren Bewilligung dritten Personen Einsicht der Gerichtsacten, ingleichen Abschriften oder Auszüge aus denselben, senden Proceßacten ein und zurück von Gerichtsschreiberei zu Gerichtsschreiberei, ertheilen den Proceßparteien die erforderlichen Benachrichtigungen; sie besorgen den Ansatz von Gebühren und ertheilen die die Zwangsvollstreckung bedingende Vollstreckungsclausel. Daß diese und ähnliche Functionen den Gerichtsschreibern selbständig überwiesen sind, erklärt sich aus dem, jedoch keineswegs mit schroffer Consequenz durchgeführten Grundsatze, daß die Function der mit der streitigen Civiljurisdiction betrauten Richter im Rechtsprechen bestehe. Uebrigens hat das practische Bedürfniß im Gesetze vom 31. März 1859 zu der Vorschrift geführt, daß sämmtliche durch die, das bürgerliche Proceßverfahren betreffenden Gesetze den Gerichtsschreibern der Amtsgerichte überwiesenen Geschäfte auch von den Amtsrichtern wahrgenommen werden können.

Neben den Gerichtsschreibern müssen die Gerichtsvögte für den äußern Dienst erwähnt werden, deren Zuständigkeit sich auf den Bezirk desjenigen Obergerichts, in welchem ihnen der Wohnsitz angewiesen ist, erstreckt. Sie sind öffentliche Beamte, welche den Proceßparteien Dienste zu leisten haben. Sie vermitteln die geschäftliche Verbindung zwischen den Proceßparteien, sowie zwischen diesen und dritten Personen (Zeugen, Sachverständigen u. s. w.), und zwar im Verfahren bei den höheren Gerichten ohne, im amtsgerichtlichen Verfahren unter Mitwirkung des Gerichts. Die wichtigste Function derselben besteht aber für die Zwangsvollstreckung, indem die Leitung dieser, insoweit sie mehr administrativer Natur ist, der Regel nach nicht den Richtern, sondern den Gerichtsvögten obliegt.

Die Stellung der Gerichtsschreiber und Gerichtsvögte in der Organisation der Justizverwaltung ist eine wesentlich gleiche. Das Gesetz fordert weder von dem einen noch von dem andern, daß er rechtsgelehrte Bildung habe, daß er über seine Qualification durch Prüfungen sich ausweise. Beide sind nicht Richter; sie können zwar Entscheidungen treffen, allein diese sind nur vorläufige, welche der Prüfung höherer Beamten unterworfen sind. So selbständig die Stellung der Richter, so unselbständig ist die Stellung jener Personen.

§. 7.

5. Die Anwälte und Advocaten.

Im amtsgerichtlichen Verfahren können die Parteien ihren Rechtsstreit entweder selbst betreiben, oder durch beliebige dritte Personen sich vertreten lassen; für das Verfahren vor den höheren Gerichten gilt dagegen der weitgreifenden Regel nach Anwaltszwang, d. h. die Proceßparteien müssen sich durch einen der bei den betreffenden höheren Gerichten angestellten Anwälte vertreten lassen. Dieser Grundsatz, wenn schon an sich großem Bedenken ausgesetzt, erscheint für ein Verfahren, wie es die bürgerliche Proceßordnung für die höheren Gerichte anordnet, im Interesse der Proceßparteien selbst unumgänglich erforderlich, ist auch nie angefochten worden.

Die Zahl der Anwälte bei den einzelnen höheren Gerichten soll eine beschränkte, dem Bedürfnisse entsprechende sein. Die Ernennung der Anwälte erfolgt vom Justizministerium, ohne daß dasselbe an die Regel der Anciennetät gebunden wäre. Die Anwaltschaft steht mit der Advocatur insofern in enger Verbindung, als Niemand zum Anwalte ernannt werden kann, welcher nicht zugleich Advocat ist; der Verzicht auf die Advocatur den Verlust der Anwaltschaft nach sich zieht; kein Anwalt sich weigern darf, in den von ihm übernommenen Sachen als Advocat thätig zu werden.

Dem Anwalte liegt es ob, alle zur Regelmäßigkeit des Verfahrens erforderlichen Anträge und Handlungen vorzunehmen, insbesondere die schriftlichen Parteianträge zu bearbeiten und sie zustellen zu lassen, ihm sind auch die Mittheilungen der Gegenseite zu machen und die gerichtlichen Verfügungen zuzustellen. — Dem Advocaten liegt dagegen ob, die eigentliche Verhandlung in der Audienz, das

Plaidoyer, und lediglich dieses. Die Anwälte sind Advocat-Anwälte, doch kann neben ihnen ein besonderer Advocat in der Audienz auftreten und thätig werden.

Die freiere und unabhängigere Stellung, welcher sich die Advocaten erfreuen, ist den Anwälten nicht gewährt worden, konnte ihnen auch nicht gewährt werden, da sie nothwendige Bestandtheile des Proceßorganismus bilden. Sie können ohne genügende Gründe die Uebernahme einer Rechtssache nicht weigern, werden durch die Kronanwaltschaften den armen Parteien beigeordnet, unterliegen ganz besonders den Maßregeln, welche im Interesse der dienstlichen Ordnung die höchste Justizverwaltungsbehörde anzuordnen für gut findet. Solche Maßregeln sind jedoch bislang, wohl aus dem guten Grunde um nicht zugleich unnöthige Beschränkungen der freien Bewegung herbeizuführen, generell nicht getroffen, haben sich aber für einzelne Fälle nicht umgehen lassen.

Ob eine Proceßordnung ihre Aufgabe glücklich löse, ist in nicht geringer Maße durch die Art und Weise bedingt, wie die Advocatur (Anwaltschaft) ihren Beruf auffaßt und durchführt. Hätte die bürgerliche Proceßordnung bei ihrem Inslebentreten eine untüchtige oder nicht ehrenhafte Advocatur angetroffen, so würde sie nie die Erfolge haben erringen können, welche sie wirklich errungen hat. Allein Dank der umsichtigen Sorgfalt, welche die oberste Justizverwaltungsbehörde schon seit einer langen Reihe von Jahren der Hebung des Advocatenstandes gewidmet hatte durch strengere Bedingungen für die Zulassung, durch Sorgfalt bei Besetzung erledigter Posten, durch auf Hebung der Ehre des Standes gerichtete Maßregeln, traf das Gesetz im Jahre 1852 einen in fortschreitender Hebung begriffenen Stand, welcher die ihm gewordene neue ehrenvolle Aufgabe zu übernehmen wohl geeignet war. Und so hat denn auch die Advocatur sich dieser Aufgabe im Allgemeinen wohl gewachsen gezeigt. Wie sie ihrerseits dazu beigetragen hat, dem neuen Verfahren den Erfolg zu sichern, so hat umgekehrt dieses den Stand noch weiter gehoben und ihn von einzelnen, ihm nicht zur Zierde gereichenden Mitgliedern befreit.

Dreierlei, meinen wir, bedingt das Heil der Advocatur und damit auch den segensreichen Erfolg eines Gesetzes über bürgerliches Proceßverfahren. Der Staat muß in der Advocatur einen Stand erblicken, für welchen die Ehre von großer Bedeutung ist.

Wie er demgemäß einerseits alle untüchtigen und nicht ehrenhaften Elemente von dem Eintritt in den Stand abhalten muß, so muß er andererseits dem Stande Institutionen gewähren, welche geeignet sind, die Ehre des Standes zu heben, geeignet insbesondere, um mit unerbittlicher Strenge das unehrenhafte Mitglied auszuscheiden. In dieser Beziehung ist wohl das Möglichste geschehen und es bleibt nur zu hoffen, daß recht bald bei sämmtlichen Anwaltskammern des Landes die Erkenntniß durchdringe, daß die Ehre des Standes unendlich höher stehe, als die Rücksicht angeblich der Milde, in Wahrheit der Schwäche gegen das Individuum. Wie die Verhältnisse einmal liegen und voraussichtlich noch lange Zeit liegen werden, schadet ein unehrenhaftes Mitglied dem Stande mehr, als die ehrenhafteste Geschäftsführung von zehn Mitgliedern ihm nützt. — Die Gebührentaxe muß für das Auskommen der Advocaten in ausreichendster Weise Sorge tragen. Man verlangt zu viel, wenn man fordert, daß der um das tägliche Brod ringende Advocat seine Geschäfte in wahrhaft ehrenhafter Weise führe. Auch in dieser Beziehung ist Alles geschehen und seit dem Inslebentreten der neuen Gebührentaxe ist wenigstens von Seiten der Advocatur nie eine Klage über die Taxe vernommen worden. — Es muß dafür Sorge getragen werden, daß die Zahl der Advocaten dem Bedürfnisse des rechtsuchenden Publikums thunlichst entspreche. In dieser Beziehung bestehen noch Schwierigkeiten, welche jedoch im Laufe der Zeit sich schon bedeutend verringert haben. Wenn auch kaum behauptet werden mag, daß im Allgemeinen eine Ueberfüllung der Advocatur vorhanden sei, so ist doch nicht zu verkennen, daß sie an einzelnen Orten, besonders in der Anwaltschaft einzelner Obergerichte sich findet. In Folge der transitorischen Vorschrift des Gerichtsverfassungsgesetzes, nach welchem allen zur Zeit angestellten Advocaten freistehen sollte, ihren Wohnort an dem Sitze eines Obergerichts zu nehmen und unter dieser Voraussetzung, ebenso wie die bereits an diesem Orte wohnenden Advocaten, Anwälte bei diesem Obergerichte zu sein — finden sich bei mehreren Obergerichten Anwälte, welche nur dem Namen nach solche sind, auch wohl einige, welche dem Berufe eines Advocat-Anwalts überall nicht gewachsen sind. Ohne diese transitorische, der Nachahmung nicht werthe Vorschrift würde die Ordnung der Verhältnisse hergestellt und die thunlichste Scheidung der amtsgerichtlichen und

obergerichtlichen Thätigkeit, welche für den Geschäftsbetrieb der Gerichte von der allergrößten Bedeutung ist, eingetreten sein.

Ein unparteiisches Referat darf nicht verschweigen, daß vor einigen Jahren die Vorsitzenden der höheren Landesgerichte, ihrer großen Mehrzahl nach, lebhafte Klagen darüber führten, daß in Folge des auf Grund einer Vereinbarung der Anwälte häufig eintretenden Wegfalls der angesetzten Termine der Geschäftsbetrieb der Gerichte gestört werde. Die begehrte, auch von der obersten Justizverwaltungsbehörde in Aussicht gestellte Remedur durch Gesetzgebung hat jedoch unterbleiben können, da im Laufe der Zeit eine erhebliche Besserung der Verhältnisse eingetreten ist. Ganz werden die gedachten Uebelstände nie zu beseitigen sein, wie sie denn auch, wie uns neuerlich von competentester Seite versichert worden ist, selbst da eintreten, wo nach der Rolle verhandelt wird.

§. 8.

6. Anhang. Gerichte, Gerichtspersonal und Besoldungsverhältnisse.

Für Nichthannoveraner wird die nachfolgende kurze Uebersicht in Betreff der Gerichte, des Gerichtspersonals und der Besoldungs-Verhältnisse nicht ohne Interesse sein.

I. Neben dem Oberappellationsgerichte, als oberstem Landesgerichte, besteht eine Mehrzahl von Obergerichten und Amtsgerichten. Nachdem die Obergerichte im Jahre 1859 um vier, die Obergerichte zu Osterode, Lehe, Dannenberg und Goslar, verringert worden sind, bestehen die nachfolgenden:

I.	Hannover	mit	4	Amtsgerichten	und	140,848 E.
II.	Hameln	"	4	"	"	61,173 "
III.	Nienburg	"	8	"	"	132,212 "
IV.	Göttingen	"	13	"	"	234,181 "
V.	Celle	"	12	"	"	181,937 "
VI.	Lüneburg	"	10	"	"	176,764 "
VII.	Stade	"	9	"	"	148,009 "
VIII.	Verden	"	9	"	"	140,876 "
IX.	Osnabrück	"	8	"	"	166,523 "
X.	Meppen	"	9	"	"	112,804 "
XI.	Hildesheim	"	8	"	"	160,166 "
XII.	Aurich	"	9	"	"	189,068 "

II. Indem wir von dem Personale der Kronanwaltschaft absehen, bemerken wir, daß

1) das Oberappellationsgericht, in drei Civilsenate und einen Strafsenat zerfallend, mit einem Präsidenten, drei Vicepräsidenten und 24 Richtern besetzt ist;

2) die Obergerichte zu Hameln und Nienburg, als kleine Obergerichte, mit einem Präsidenten und vier Richtern, die übrigen Obergerichte, als große Obergerichte, mit einem Präsidenten, einem Vicepräsidenten und sechs bez. mit neun Richtern (Hannover und Göttingen mit einem großen und zwei kleinen Senaten);

3) die Amtsgerichte mit einem oder mehreren Richtern, welche jedoch stets als Einzelrichter handeln.

Den höheren Landesgerichten sind Secretaire beigegeben, der Regel nach für jeden Senat einer, den Amtsgerichten Actuare nach dem Bedürfnisse, jedem Amtsgerichte jedoch mindestens einer.

III. Es beträgt die Besoldung:

1)	des Präsidenten des Oberappellationsgerichts			4000 ℛ
2)	der Vicepräsidenten des Oberappellationsgerichts			3000 „
3)	der Oberappellationsräthe, durchschnittlich	2150 ℛ	bis	2300 „
4)	der Präsidenten der Obergerichte „	2750 „	„	3000 „
5)	der Vicepräsidenten „ „	2100 „	„	2400 „
6)	der Oberrichter „ „	1250 „	„	2000 „
7)	der Amtsrichter .... „	1220 „	„	2000 „
8)	der Secretaire .... „	800 „	„	1200 „
9)	der Actuare .... „	400 „	„	600 „

II.

Zum Proceßverfahren.

§. 9.

1. Allgemeiner Gang des Verfahrens.

Die bürgerliche Proceßordnung vom 8. Novbr. 1850 behandelt das Erstinstanzverfahren zuerst und ausführlich für die Obergerichte (§§. 184—374) und schließt dann die abweichenden Vorschriften für die Amtsgerichte an (§§. 375—391). Wir fassen hier nur das regelmäßige Verfahren vor den Obergerichten ins Auge, in Betreff des amtsgerichtlichen und des von der Regel abweichenden obergerichtlichen Verfahrens auf spätere Ausführungen (§§. 27. 14. 22) verweisend. Das regelmäßige Verfahren vor den Obergerichten geht der Hauptsache nach in folgender Weise vor sich:

Ein bei dem Proceßgerichte angestellter Anwalt hat schriftliche Klaganträge zu entwerfen [1]). Sie benennen den, den Kläger ver-

[1]) Die Klaganträge sollen nach dem §. 184 der B. P. O. enthalten: „eine gedrängte, deutliche und zusammenhängende Darstellung der Thatsachen, worauf der geltend gemachte Anspruch sowohl in der Hauptsache als in etwaigen Nebenpuncten rechtlich beruht, die besonderen Thatsachen, aus welchen er gerade diesem Kläger und gegen diesen Beklagten zusteht, sowie eine genaue Bezeichnung des geforderten Gegenstandes oder der begehrten Leistung oder Unterlassung;

tretenden Anwalt und fordern den Gegner auf, an dem vom Gerichtsvorsitzenden festgesetzten Gerichtstage, und zwar vertreten durch einen bei dem Proceßgerichte bestellten Anwalt, vor diesem zu erscheinen.

Der klägerische Anwalt läßt das Original und eine Abschrift der Klaganträge auf der Gerichtsschreiberei überreichen. Die Abschrift wird Theil der Gerichtsacten, das Original erhält der Anwalt dagegen binnen 24 Stunden zurück, nachdem der Gerichtsvorsitzende ohne irgend welche Sachprüfung unter demselben ganz kurz den Gerichtstag eigenhändig bemerkt hat.

Nachdem der klägerische Anwalt sodann die Präsidialnote auf eine zweite Abschrift der Klaganträge hat übertragen lassen, läßt er dieselbe dem Gegner durch einen Gerichtsvogt behändigen und die erfolgte Behändigung unter dem Originale der Klaganträge bescheinigen. [1])

Der Beklagte hat bei Vermeidung der Kosten des verzögerten Prozesses durch den von ihm gewählten Anwalt schriftliche Gegenanträge verhandeln [2]), eine Abschrift derselben auf der Gerichtsschreiberei überreichen, eine zweite Abschrift derselben aber mindestens eine Woche vor dem festgesetzten Gerichtstage dem klägerischen Anwalte entweder durch einen Gerichtsvogt oder direct (von Anwalt zu Anwalt) behändigen zu lassen.

---

ein bestimmtes Gesuch sowohl in Betreff der Hauptsache als der Nebenpuncte."

Weitere Auseinandersetzungen der thatsächlichen Verhältnisse, sowie Rechtsausführungen dürfen die schriftlichen Parteianträge überhaupt, und so auch die Klaganträge nicht enthalten (§§. 93, 184 der B. P. O.).

[1]) Abgesehen von dringenden Fällen, wohin auch die Wechselsachen gehören, muß zwischen der Behändigung der Klaganträge und dem Gerichtstage, auf welchen die Vorladung lautet, ein Zeitraum liegen, welcher zum mindesten betragen soll, je nachdem der Beklagte innerhalb oder außerhalb des Königreichs Hannover wohnt, drei Wochen oder einen Monat.

[2]) Die Gegenanträge müssen zur Sache enthalten:

"das in der Gerichtssitzung zu stellende (principale und eventuelle) Gesuch, und zur Begründung desselben eine kurze, aber bestimmte und vollständige Angabe der ihm zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse, auch erforderlichen Falls des Rechtsgrundes, so wie andererseits eine so bestimmte und vollständige Erklärung auf die thatsächlichen Behauptungen des Gegners, daß nicht zweifelhaft sein kann, was zugestanden und was bestritten ist."

Neben den Klaganträgen und Gegenanträgen ist der Gegenseite eine Abschrift der die thatsächliche Begründung der Klage, Einrede u. s. w. betreffenden Urkunden zu behändigen oder doch die Einsicht der Originalurkunden, welche mittelst einfacher schriftlicher Mittheilung stets auf der Gerichtsschreiberei begehrt werden kann, anzubieten.

Auf Grund der gedachten, lediglich vorbereitenden schriftlichen Anträge, deren für das Gericht bestimmte Abschriften der Gerichtsschreiber zeitig dem Gerichtsvorsitzenden vorzulegen hat, geht die mündliche Verhandlung der Sache in öffentlicher Sitzung vor sich.

Die mündliche Verhandlung beginnt damit, daß beide Theile die Schlußgesuche ihrer Anträge stellen. Hieran schließen sich sodann die Vorträge der Parteien in freier geordneter Rede, ohne daß die Bezugnahme auf die schriftlichen Anträge statt mündlichen Vortrags oder die Verlesung von Schriftsätzen, abgesehen von Gesuchen, Urkunden u. s. w., auf deren wörtlichen Inhalt es ankommt, statthaft wäre. Jede Partei hat sich über die von der Gegenseite vorgebrachten Thatsachen und vorgelegten Urkunden bestimmt zu erklären, indem nicht bestrittene Thatsachen für zugestanden, Urkunden, deren Aechtheit nicht verneint ist, für anerkannt gelten.

Nachdem der Gerichtsvorsitzende, welcher mit weitgreifenden Befugnissen die Verhandlung leitet und für die Aufklärung des Streitverhältnisses insbesondere durch ein wirksames Fragerecht Sorge trägt, die Verhandlung geschlossen hat, wird zur Urtheilsfällung in nicht öffentlicher Sitzung geschritten. Die Verkündigung des Urtheils [1]) erfolgt entweder sofort oder in einem nicht über

---

[1]) Das Urtheil soll zur Sache enthalten:

„eine gedrängte Darstellung des dem Rechtsstreite zum Grunde liegenden Thatbestandes in Gemäßheit der Vorträge der Parteien, bez. des Ergebnisses der Beweisführung, unter Hervorhebung der Schlußanträge der Parteien, bez. des Staatsanwaltes;

eine Bezugnahme auf den Inhalt der Schriftsätze, so wie etwa zu Protokoll gegebene Erklärungen der Parteien ist nicht ausgeschlossen;

die Entscheidungsgründe;

die äußerlich getrennt zu haltende Entscheidung über die Hauptsache selbst und etwaige Nebenforderungen an Zinsen, Früchten, Schäden und Proceßkosten.“ (§. 356 der B. P. O.)

eine Woche hinauszusetzenden, den Parteien sofort zu eröffnenden Termine.

Dieser allgemeine Gang des Verfahrens ist im Wesentlichen der gleiche für Nebenverhandlungen, für das Beweisverfahren, für die Rechtsmittelinstanz, wie für die erste Instanz. (§§. 92 —117 der B. P. O.)

§. 10.

2. Raschheit und Gründlichkeit des Verfahrens.

Ueber die im Generalrescripte vom 29. December 1854 den Gerichtsvorsitzenden gestellte erste allgemeine Frage:

„ob das Proceßverfahren der bürgerlichen Proceßordnung als geeignet sich erwiesen habe, die Processe mit der wünschenswerthen Raschheit zu erledigen, ohne dagegen die erforderliche Gründlichkeit der Entscheidung zu gefährden",

findet sich ein sehr interessantes Material in den Berichten, welches an diesem Orte jedoch nur theilweise berücksichtigt werden kann.

Daß das Verfahren der bürgerlichen Proceßordnung sich als geeignet erwiesen habe, die Processe mit der wünschenswerthen Raschheit zu erledigen, ohne dagegen die erforderliche Gründlichkeit zu gefährden, dürfte als ein durch allseitiges Urtheil und längere Erfahrung festgestellter Grundsatz anzusehen sein.

Die Raschheit der Procedur bewährte sich sofort, wie einige Berichterstatter bemerken, in einer alle Erwartung übertreffenden Weise. In einigen Berichten werden Maßregeln vorgeschlagen, um die Raschheit der Procedur noch mehr zu fördern oder doch die Hindernisse zu entfernen, welche ihr, insbesondere durch das vertragsmäßige Aussetzen der Termine, entgegen treten können.

Anlangend die Gründlichkeit der Urtheilsfällung, so bleiben einige Berichterstatter dabei stehen, als ihre näher begründete Ansicht aufzustellen, daß das mündliche Verfahren der bürgerlichen Proceßordnung die Gründlichkeit der Entscheidung nicht gefährde, während andere erklären, daß die Gründlichkeit der Entscheidung sich im Vergleiche zu dem früheren Verfahren jedenfalls nicht gemindert habe, weder in der juristischen Beurtheilung, noch in der richtigen Auffassung und Würdigung der thatsächlichen Verhältnisse, und wiederum andere es für gewiß, oder doch für höchst wahr-

scheinlich halten, daß die Processe jetzt viel mehr dem materiellen Rechte entsprechend entschieden werden, als zur Zeit des alten Verfahrens. Ein Präsident, welcher im Jahre 1855 das Bedenken ausgesprochen hatte, es werde in einigermaßen verwickelten Sachen die Gründlichkeit der Entscheidung durch das jetzige rasche Proceßverfahren gefährdet, erklärte im Jahre 1856, daß dieses Bedenken nach späterer Erfahrung als weniger gegründet sich erwiesen habe, und schließlich im Jahre 1857, jenes Bedenken habe sich durchaus nicht bestätigt, er wage vielmehr mit Bestimmtheit zu behaupten, daß das öffentlich mündliche Verfahren der Gründlichkeit nicht den geringsten Abbruch thue. In einzelnen Berichten sind Maßregeln vorgeschlagen, um die Gründlichkeit der Entscheidung noch mehr zu sichern.

§. 11.

Ueber die Dauer der Processe sind statistische Erhebungen nicht angeordnet, doch hat der Präsident eines kleinen Obergerichts solche für den Zeitraum vom 1. October 1852 bis 1. October 1854, und der Vicepräsident eines großen Obergerichts für die Zeit vom 1. October 1852 bis 1. Januar 1855 gemacht, welche hier mitgetheilt werden:

I. Von den im ersten Jahre erledigten Sachen (35 durch Ungehorsamsurtheil) waren (seit Ueberreichung der Klag- bez. Berufungsanträge auf der Gerichtsschreiberei) anhängig:

113	Sachen	1	Monat	lang
28	"	2	"	"
18	"	3	"	"
10	"	4	"	"
3	"	5	"	"
5	"	6	"	"
3	"	7	"	"
1	"	10	"	"

die Zeit unter einem Monate und bis zum 15. des zweiten Monats gerechnet = 1 Monat, die Zeit vom 16. des zweiten Monats bis zum 15. des dritten Monats = 2 Monate ꝛc. —, jede erledigte Sache daher durchschnittlich anhängig nahezu

$1\,^{8}/_{9}$ Monate.

Von den im zweiten Jahre erledigten Sachen (28 durch Ungehorsamsurtheil) waren anhängig:

116	Sachen	1	Monat	lang
33	„	2	„	„
24	„	3	„	„
17	„	4	„	„
6	„	5	„	„
8	„	6	„	„
2	„	7	„	„
2	„	8	„	„
1	„	9	„	„
2	„	10	„	„
1	„	11	„	„
4	„	12	„	„
1	„	15	„	„
1	„	16	„	„

jede erledigte Sache also durchschnittlich fast

$2^1/_2$ Monate.

II. Bei dem kleinen Senate des betreffenden großen Obergerichts waren anhängig gemacht:

A. Sachen erster Instanz.

Vom 1. October 1852 bis 1. Januar 1853 53 Sachen,
„ 1. Januar 1853 „ 1. Januar 1854 105 „

zusammen also bis 1. Januar 1854 158 Sachen.

Davon waren am 1. Januar 1854 überhaupt, in erster oder in der Berufungs-Instanz, nur noch anhängig 30 Sachen, und von dieser Zahl waren 21 aus dem letzten Quartale des Jahres 1853 und nur 9 aus den früheren Quartalen. Es waren mithin alle bis zum 1. October 1853 angebrachten Sachen, bis auf jene 9, am Schlusse des Jahres ganz erledigt.

Zu den am 1. Januar 1854 anhängig gebliebenen 30 Sachen kamen im Jahre 1854 neu hinzu . . . . 152 „

182 Sachen.

Unerledigt aber waren davon am 1. Januar 1855
und zwar noch in 1. Instanz 55
in 2. Instanz 15

70 „

völlig erledigt also 112 Sachen.

Von den unerledigten 70 Sachen aber stammten nur 10 Sachen aus dem Vorjahre 1853, die übrigen 60 waren erst im Laufe des Jahres 1854, und zwar die Mehrzahl im letzten Quartale dieses Jahres angebracht.

B. Sachen zweiter Instanz.

Es wurden anhängig gemacht:

vom 1. October 1852 bis 1. Januar 1853	15	Sachen,
„ 1. Januar 1853 „ 1. Januar 1854	136	„
zusammen	151	Sachen.
Davon waren am 1. Januar 1854 noch unerledigt	42	„

und von diesen 42 noch pendenten Sachen waren 25 erst im letzten Quartale 1853 angebracht, während nur 17 älter als ein Vierteljahr und nur 2 älter als drei Vierteljahr waren.

Zu den am 1. Januar 1854 pendent gebliebenen 42 Sachen kamen im Jahre 1854 neu hinzu	84	„
zusammen	126	Sachen.

Davon waren am 1. Januar 1855 nur noch anhängig 27 Sachen und von diesen noch pendenten 27 Sachen stammten nur 2 aus dem Vorjahre 1853, die übrigen 25 erst aus dem Jahre 1854 und größten Theils aus dem letzten Quartale desselben.

Es ergiebt sich daraus, daß von allen bis zum 1. Januar 1854 angebrachten Sachen 1. und 2. Instanz (309) am Schlusse des Jahres 1854 nur 12 Sachen pendent waren, sowie, daß von den im Laufe des Jahres 1854 angebrachten neuen Sachen (236) nur 85 in das Jahr 1855 hinüber gegangen sind, wovon die große Mehrzahl erst aus dem letzten Quartale von 1854 herstammte.

---

§. 12.

Aus den Berichten heben wir das Nachfolgende besonders hervor:

I. „Mündlichkeit der gerichtlichen Verhandlungen ist vor Allem geeignet, die Dauer der Processe abzukürzen. Statt des schwer-

fälligen, den Wechsel vieler Schriften der Parteien und eine Menge auf dieselben zu erlassenden gerichtlichen Verfügungen, erfordernden, mit einem großen Zeitaufwande verbundenen Ganges des schriftlichen Verfahrens tritt durch mündliche Verhandlung der Sache in wenigen, durch kurze Zwischenräume geschiedenen, Terminen ein bei weitem ungebundeneres, von Hemmnissen freies, sich mit Leichtigkeit bewegendes Verfahren ein, in Folge dessen der ganze Proceß binnen kurzer Frist erledigt werden kann. Der mündlichen Verhandlung der Parteien folgt das richterliche Erkenntniß auf der Stelle oder doch nach wenigen Tagen, ohne daß es der mühsamen, viel Zeit in Anspruch nehmenden Ausarbeitung umfangreicher schriftlicher Relationen und Correlationen bedarf. Die Mündlichkeit des Verfahrens gewährt daher in Beziehung auf Raschheit der Justizpflege unverkennbar die größten Vortheile, und ist in solcher Hinsicht dem schriftlichen Verfahren unbedingt vorzuziehen.

Ob und inwiefern aber das mündliche Verfahren die Gründlichkeit der Entscheidung schmälere oder gefährde, und dadurch die Vortheile, die es gewährt, in den Hintergrund treten lasse? ist eine andere, nicht leichthin und mit entschiedener Sicherheit nicht wohl zu beantwortende Frage. Sie scheint weder unbedingt bejahet, noch unbedingt verneint werden zu können, weil ihre Beantwortung von der Berücksichtigung so vieler verschiedenartiger Verhältnisse abhängig ist, welche in der Beschaffenheit der einzelnen zur richterlichen Entscheidung kommenden Processe ihrem Gegenstande und Umfange nach, in der persönlichen Befähigung, der Auffassungsgabe der Gewandtheit und der Rechtskenntnisse der Sachführer und Anwälte der Parteien sowohl, als der Richter ihren Grund haben, und sich in dem einen Falle ganz anders, wie in dem andern gestalten können. Ist der Gegenstand des Rechtsstreits von keinem bedeutenden Umfange, sind die thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, welche demselben zu Grunde liegen, einfach und ohne besondere Schwierigkeiten zu beurtheilen, so wird die Gründlichkeit der Entscheidung durch das mündliche Verfahren auf keine Weise gefährdet. Ist dagegen das Sachverhältniß von sehr weitem Umfange, unklar und verwickelt, und unterliegt die Rechtsanwendung auf dasselbe, wegen Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit der dabei in Frage kommenden Gesetzgebungen mit ihren Controversen

großen Schwierigkeiten, so wird leicht das Entgegengesetzte eintreten können. Unter solchen Verhältnissen wird gegen die dadurch der Gründlichkeit der Entscheidung entstehende Gefahr — deren Größe jedoch durch die individuelle Befähigung der bei dem Rechtsstreite thätigen Anwälte und Richter wesentlich modificirt werden kann — das schriftliche Verfahren, so wie es nach der früheren Procedur und insbesondere, wie es bei dem königlichen Oberappellationsgerichte in Beziehung auf die Urtheilsfällung Statt fand, eine bei Weitem größere Garantie gewähren, als das der bürgerlichen Proceßordnung zu Grunde liegende mündliche Verfahren. Denn eine größere Sicherheit für eine gründliche und richtige Entscheidung kann schwerlich geboten werden, als wenn auf den schriftlichen Vortrag zweier selbstständiger Referenten, welche sich ihre Ansicht über den zu entscheidenden Rechtsfall nicht im Voraus mittheilen durften, und in wichtigen Fällen sogar noch unter Concurrenz eines voti pro praesidialis, das Urtheil gesprochen wurde. Die mehrfache Durchsicht der Acten, wie die vielseitige Auffassung und unter Benutzung literarischer Hülfsmittel — welche bei der auf Grund des mündlichen Verfahrens stattfindenden Berathung nicht immer vollständig zu Gebote stehen — vorgenommene reifliche, durch keine Zeit beschränkte Erwägung der Sache, gab Bürgschaft dafür, daß Nichts, was bei der Beurtheilung des Rechtsfalls in Betracht zu nehmen war, übersehen werden konnte, und setzte die stimmführenden Richter in den Stand, sich ein klares richtiges Bild des Streits und Rechtsverhältnisses zu entwerfen und darauf das zu fällende Urtheil zu gründen. Es darf indessen bei einer Vergleichung des alten schriftlichen Verfahrens mit dem neuen mündlichen nicht außer Acht gelassen werden, daß letzteres, wenngleich es dem Principe nach der bürgerlichen Proceßordnung zum Grunde liegt, doch bei seiner Durch- und Ausführung nicht unbedeutende Modificationen erlitten hat. Namentlich gestattet die bürgerliche Proceßordnung ein schriftliches Vorverfahren zum Zwecke der Vorbereitung und Erleichterung der mündlichen Verhandlung und hält das in den schriftlichen Klaganträgen enthaltene Klagfundament insoweit als Grundlage und Richtschnur für das mündliche Verfahren fest, als die Gegenpartei einer von demselben abweichenden Klageänderung seine Zustimmung versagt. Von großem Gewichte ist insbesondere, daß unter den Voraussetzungen, welche in Beziehung auf Gründlichkeit der Entscheidung

dem schriftlichen Verfahren den Vorzug vor dem mündlichen vindiciren, die bürgerliche Proceßordnung dadurch Abhülfe gewährt, daß sie ausnahmsweise, nach Maßgabe des §. 460 seq. ein schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung zuläßt. Durch eine solche Verbindung des schriftlichen mit dem mündlichen Verfahren werden die Bedenken, welche sich dem rein mündlichen Verfahren entgegenstellen, wenigstens zum größten Theile entfernt. Dies geschieht um so mehr, als durch die bei Verhandlung der Sache den Parteien oder deren Anwälten vorzulegenden Fragen das thatsächliche Verhältniß sofort erläutert und aufgeklärt werden kann, und durch die mündlichen Vorträge der Anwälte, wenn sie ihrer Aufgabe gewachsen sind, die Aufmerksamkeit der Richter in der Regel weit mehr gefesselt und ihre richtige Auffassung des Rechtsfalls in jeder Beziehung mehr gefördert werden wird, als durch den nicht selten monotonen Vortrag eines Referenten.

Diese auf Erfahrung sich gründenden Wahrnehmungen berechtigen zu dem Schlusse: daß die Mündlichkeit des Verfahrens an sich, sowie es die bürgerliche Proceßordnung vorschreibt, der Gründlichkeit der Entscheidung einen wesentlichen Nachtheil nicht zu Wege bringe." (1855.)

II. „Ich muß dafür halten, daß im Allgemeinen das Proceßverfahren der bürgerlichen Proceßordnung sich als im vollen Maße geeignet erwiesen hat, a) die Processe mit der wünschenswerthen Raschheit, und b) mit der erforderlichen Gründlichkeit zu erledigen.

Diese Behauptung in der Richtung sub a) würde sich durch statistische Nachweisungen am genauesten begründen lassen; allein ein Blick in unsere Proceßregister gewährt auch schon eine genügende Ueberzeugung von ihrer Wahrheit. Dort fällt das Auge durchweg auf Sachen, die innerhalb Jahresfrist anhängig gemacht und in letzter Instanz entschieden sind, obwohl ein Beweisverfahren in der Mitte lag, nicht selten aber auch auf Sachen, bei denen zwischen Erhebung der Klage und letztinstanzlicher Entscheidung nur wenige Monate liegen. Solche Resultate kannte man nach dem schriftlichen Verfahren nicht, vielmehr war bei weitem die Mehrzahl der nach demselben vor dem Oberappellationsgerichte anhängig werdenden Sachen schon mehre Jahre im Gange, nicht selten eben so viele Jahre, als die Processe jetzt Monate in Anspruch nehmen. Der

Grund dieser Erscheinung muß, wenn man ihn bei den Obergerichten auch zum Theil darin suchen könnte, daß deren Zahl vermehrt worden, nothwendig zum größten Theile in den besonderen Bestimmungen des Verfahrens, vor Allem in dem Zusammendrängen der gesammten, das Erkenntniß vorbereitenden Verhandlungen auf den Audienztermin, in den Modificationen in Beziehung auf die Rechtsmittel und in dem Zwange zur raschen Geschäftserledigung, welchen die Nothwendigkeit des persönlichen Zusammenwirkens der Parteien, bezw. Anwälte und der Richter für alle Betheiligte mit sich bringt, gefunden werden. Daß bei überhandnehmender Zahl von Sachen auch bei dem neuen Verfahren Verzögerungen vorkommen können, mag sein, verdient aber kein entscheidendes Gewicht in Betreff des Werths des Verfahrens, so lange bei einer gleichen Anzahl von Entscheidungen das obige erfreuliche Resultat sich herausstellt; und daß beim Königlichen Oberappellationsgerichte jetzt reichlich so viele Sachen ihre Entscheidung finden, wie nach altem Verfahren, glaube ich vorläufig behaupten zu dürfen. Was

b) den Gesichtspunct der Gründlichkeit anbetrifft, so geht meine Erfahrung nur auf die Processe bei den Obergerichten und dem Oberappellationsgerichte; bei den Amtsgerichten mag indeß hinsichtlich der ihnen verbliebenen Sachen leicht ebenso gründlich verfahren werden, wie dies früher hinsichtlich der nämlichen, meistens auch nur im mündlichen Verfahren behandelten geringfügigeren Sachen bei den Aemtern rc. der Fall war. Was nun die vor den Obergerichten behandelten Sachen anbetrifft, und zwar zunächst diejenigen, welche nach früherem Verfahren zur Competenz der Untergerichte gehört haben würden, so bringt schon die collegialische Behandlung für sie eine gründlichere Aburtheilung mit sich, abgesehen von dem Schutze, welcher für sie im Anwaltszwange, sowie darin zu befinden ist, daß die neue Proceßordnung das materielle Recht durch manche Bestimmungen, namentlich durch das uneingeschränktere beneficium novorum sicherstellt. Allein auch im Verhältnisse zu dem bisherigen Verfahren vor den Justiz-Canzleien, also hinsichtlich derjenigen Sachen, welche, wären sie früher zur Aburtheilung gekommen, vor die Justiz-Canzleien gelangt wären, muß ich behaupten, daß das jetzige Verfahren eine reichlich so gründliche Behandlung gewähre. Soweit mir das frühere Behandeln der Sachen bei den Justiz-Canzleien noch in Erinnerung ist, waren diejenigen

juristischen Erörterungen, welche in den mündlichen Vorträgen der Referenten dem Collegio vorgelegt wurden, so daß in dieser Hinsicht zur Zeit, mindestens da, wo ein besonderer Referent bestellt wird — und dies bildet, wie es heißt, bei den Obergerichten die Regel — die Behandlung an Gründlichkeit schwerlich etwas eingebüßt haben dürfte; dagegen wird den Votanten das Factum nach neuem Verfahren unbedingt viel zuverlässiger und in einer weit lebhafteren und daher auch die Aufmerksamkeit mehr fesselnden Weise vorgelegt, als früher, und dies ist gewiß mit die Hauptsache.

Beim Oberappellationsgerichte gewährte freilich die ältere Vorschrift hinsichtlich der selbständigen Bearbeitung des Falls durch einen Referenten und einen Correferenten eine Gründlichkeit, namentlich in der rechtlichen Behandlung des Falles, wie solche durch das neue Verfahren nicht wird zu erreichen sein, allein ich glaube, daß am Ende mit Hülfe des Fragerechts bei vorhandenen Zweifeln durch das jetzige Verfahren dennoch eine sachgemäßere Entscheidung erreicht wird wie früher, wie sich denn auch bei demselben vor dem Oberappellationsgerichte, wo die Geschäftsmasse kein Hinderniß bietet, die eine oder andere Einrichtung treffen läßt, durch welche in anderer Hinsicht obige Sicherungsmaßregeln des alten Verfahrens aufgewogen werden dürften. Ich bestelle in jeder Relevanzsache einen Referenten, welcher auf die einschlagende Rechtsmaterie in ihrer Anwendung auf den unterliegenden Fall um so mehr vollständig präparirt sein kann, als die vorliegenden Acten der früheren Instanz und die Berufungsanträge und Gegenanträge durchweg ein erschöpfendes Bild des Falls auch vor der mündlichen Verhandlung desselben geben; die nova, soweit solche in der Sitzung zuerst vorkommen, gehören zu den Seltenheiten, sind auch stets von untergeordneter Bedeutung. Ich selbst bin zu jeder Sache in facto und jure präparirt, und vertrete daher die Stelle eines Correferenten, freilich als letzter Votant, dennoch bleibt mir immer Gelegenheit, etwaige Berichtigungen am Vortrage des Referenten vorab einzuschieben, wenngleich mein Votum wegen seines verspäteten Vorbringens denjenigen Einfluß, dem Voto des Referenten gegenüber, niemals gewinnen kann, welcher in der Regel dem Voto des Correferenten beiwohnt. Ich bringe zwar regelmäßig an demselben Tage die in der Audienz verhandelten Sachen zur Abstimmung, publicire aber nur in ganz zweifellosen Sachen sofort das Urtheil. Dadurch

gewinnt, abgesehen von anderen Vortheilen dieser Einrichtung, jeder Votant Zeit, den Fall nochmals in Ruhe zu durchdenken, die einschlagenden Rechtsmaterien für sich zu vergleichen, und, wenn nöthig, eine nochmalige kurze Abstimmung zu veranlassen." (1855.)

III. „Mir scheint der bisherigen Erfahrung zufolge das neue Proceßverfahren einer wünschenswerthen raschen Erledigung der Rechtssachen nicht entgegenzustehen, vielmehr dieselbe ungemein zu befördern, sowie denn von den sämmtlichen bis zum Schluß des vorigen Jahres zur mündlichen Verhandlung gelangten Sachen, abgesehen von dem noch ungewissen Erfolg mehrerer anscheinend noch anhängiger Berufungen, das Verfahren nur noch in wenigen bis jetzt fortgesetzt wird.

Hinsichtlich der Gründlichkeit der Entscheidungen kommt es freilich sehr auf den dabei zum Grunde zu legenden Maßstab an. Diejenige geistige Penetration, zu welcher im älteren Verfahren eine schriftliche von einander unabhängige Relation und Correlation cum voto zu gelangen, und in Folge derselben das Recht selber schöpferisch fortzubilden und zu entwickeln im Stande war, kann in dem jetzigen Verfahren wohl nur in dem im §. 460 ꝛc. der bürgerlichen Proceßordnung angeordneten schriftlichen Verfahren eine geeignete analoge Grundlage finden. Dagegen scheint mir das regelmäßige und gewöhnliche Verfahren nach der bisherigen Erfahrung der erforderlichen Gründlichkeit der Entscheidung keineswegs entgegenzustehen, wenn man auch zugeben muß, daß hierbei der Neuheit des Verfahrens und den dessen Handhabung nach der Verschiedenheit der Individualitäten, zumal unter Berücksichtigung des dermaligen Zustandes unserer Civil-Gesetzgebung, entgegenstehenden größeren oder geringeren Schwierigkeiten eine billige Rücksicht getragen werden muß, da die hieraus resultirenden Unzuträglichkeiten nur in den zur Handhabung des neuen Verfahrens bestimmten Kräften ihren Grund haben, und mit der täglich wachsenden Uebung und Fertigkeit von selber hinwegfallen." (1855. Planck.)

IV. „Daß die Processe gegenwärtig rascher zu Ende geführt werden wie früher, ist unverkennbar und wird der durch das neue Verfahren in dieser Beziehung gewonnene Vortheil ein sehr bedeutender genannt werden dürfen.

Was die Gründlichkeit der Entscheidungen anbetrifft, so ist zu berücksichtigen, daß während früher ein Referent, nur in den seltenen Fällen unter der Controle eines Correferenten aus den Acten den Vortrag über das Thatsächliche des Rechtsstreits hielt, solches gegenwärtig die Parteien resp. deren Vertreter selbst thun, letztere, durch eigenes Interesse angeregt, seltener Etwas, was zu ihrem Vortheil dienen kann, vergessen, als der Referent und die Lebhaftigkeit des mündlichen Vortrags der interessirten Partei die Aufmerksamkeit des Zuhörers mehr zu fesseln vermag, als ein Vortrag aus den Acten, der leichter etwas Ermüdendes mit sich bringt. Die Sicherheit der erkennenden Richter über das dem Erkenntnisse zum Grunde zu legende Thatsächliche des Rechtsstreites dürfte daher gegen früher nicht zurückstehen. Die Anwendung des Rechts auf das Thatsächliche betreffend, so sind die mündlichen Ausführungen der Parteien in dieser Hinsicht gegenwärtig entschieden kürzer wie früher in den schriftlichen Auslassungen, — mithin weniger ermüdend und tritt leichter der Kern hervor, auf den es bei der Entscheidung ankommt.

Bei der Fassung der Entscheidung ist der auch jetzt einige Tage vor dem Termine bestellte Referent, der aus den schriftlichen Parteianträgen die Puncte, auf die es vorzugsweise ankommt, ersehen, die einschlagenden Rechtsprincipien überlegen und darüber Nachforschungen anstellen kann, bei der Berathung sehr wohl im Stande darüber Rechenschaft zu geben, und genügt diese nicht, kann sie nicht durch die anderen Votanten, oder Nachschlagen in den zugänglichen Handbüchern und Gesetzen sofort ersetzt werden; sind vielleicht erhebliche nova vorgetragen, über die der Referent sich nicht instruiren konnte, was jedoch seltener vorkommt, so bietet sich die Aussetzung der Publication als ein Auskunftsmittel dar, den eingetretenen Mangel zu ersetzen.

Daß vom Referenten beim Vortrage einzelne Puncte vergessen werden, ist nicht selten vorgekommen, die übrigen Mitglieder haben aber die Parteien selbst gehört, sie sind daher im Stande, die vergessenen Puncte in Anregung zu bringen, — was früher beim Mangel eines Correferenten nicht der Fall war, — und bei der Publication des Urtheils findet ein Gleiches durch die Parteien statt.

Daß in den Urtheilen weniger Entscheidungsgründe wie im älteren Verfahren gegeben wären, läßt sich nicht behaupten, — und

was die Richtigkeit der Entscheidungen anbetrifft, so war die Zeit zwischen Fassung und Publication eines Beschlusses früher allerdings geräumiger und daher die Möglichkeit einer Abänderung nach gewonnener Ueberzeugung der Unrichtigkeit desselben eher gegeben, als gegenwärtig, wo Beschluß und Publication in der Regel unmittelbar einander folgen, im übrigen wird jene Richtigkeit nach wie vor vorzugsweise von der Befähigung der einzelnen Gerichtsmitglieder abhängen." (1855. v. Bobers.)

V. „Ich glaube die Frage unbedenklich bejahen zu dürfen. Daß die Processe jetzt einen raschen Gang nehmen, ist augenfällig, und Gründlichkeit wird, soviel ich es zu beurtheilen vermag, wenigstens in nicht geringerer Weise erlangt, als bei dem Verfahren vor den ehemaligen Justiz-Canzleien. Sie hängt weniger von den Proceßgesetzen ab, als von der Art und Weise, wie die Geschäfte betrieben werden. Wenn bei den ehemaligen Justiz-Canzleien von den Advocaten gut abgefaßte Schriften eingereicht wurden, wenn der Referent einen wohldurchdachten und geordneten Vortrag hielt und die Votanten ihm mit Aufmerksamkeit folgten, so war ein gründliches Urtheil verbürgt. Aber oft genug fehlte es an der einen oder anderen dieser Voraussetzungen, oder auch allen dreien zugleich. Dann war das Resultat eben nicht erfreulich. So ist auch jetzt der Erfolg durch die Leistungen der Anwälte und Richter bedingt. Aber das jetzige Verfahren hat den großen Vorzug, daß es viel lebendiger und anregender ist. Dadurch wird der Schlaffheit und Ermüdung vorgebeugt, der ehemals sich selbst gewissenhafte Richter schwer entziehen konnten. Dazu kommt, daß die Advocaten jetzt mehr vom Principe der Ehre getrieben werden und daß den Mängeln ihrer Vorträge leicht durch Fragen abgeholfen werden kann.

Die oft vor der Publication der neuen Proceßordnung ausgesprochene Befürchtung, daß das mündliche Verfahren nicht passe, weil die Entscheidung baldigst nach der Verhandlung, damit das Verhandelte dem Gedächtnisse nicht entschwinde, erfolgen müsse, dies aber nicht angehe, weil unser complicirter Rechtszustand ein längeres und reiferes Studium erfordere, hat die Erfahrung nicht bestätigt. Schon vor dem Termine erhalten der Präsident und der Rath, welchem er die Acten oder verhandelten Schriftsätze mittheilt, Gelegenheit, die einschlagende Rechtsmaterie zu studiren. Dies

Studium kann sich zwar nicht, wie wenn die Instruction völlig beendigt ist, auf specialia beschränken, sondern es muß, weil auch die Eventualitäten zu berücksichtigen sind, die Rechtssätze mehr in ihrem Zusammenhange auffassen, aber gerade deshalb wird es fruchtbringender und lehrreicher. Beide, der Präsident und der von ihm beauftragte Rath, sind dann meistentheils im Stande, sofort mit Sicherheit zu votiren. Sie vertreten, soviel die rechtliche Beurtheilung anlangt, den Re- und Correferenten. Die Gründlichkeit der Erwägung wird dadurch meines Erachtens mehr gesichert, als wenn bei den vormaligen Justiz-Canzleien nur ein Mitglied sich auf die juristische Ausführung vorbereitet hatte.

Wesentlich ist, daß sofort nach Beendigung jeder Verhandlung vollständig über alle in Betracht kommenden Puncte votirt wird. Ich halte streng darauf, daß solches stets geschieht. Bleiben dann juristische Zweifel über einen oder einzelne Puncte, so kann die Beschlußnahme über solche unbedenklich auf acht Tage ausgesetzt werden, ohne zu besorgen, daß die Thatsachen, worauf es ankommt, dem Gedächtnisse entschwinden. Eine achttägige Frist zur ferneren Erwägung ist bislang noch immer völlig ausreichend gewesen. (1855.)

VI. „Das Verfahren nach der bürgerlichen Proceßordnung hat sich geeignet erwiesen, die Processe rasch zu erledigen, ohne die Gründlichkeit der Urtheile zu beeinträchtigen. Fast bei jedem Spruche drängt sich, in freudiger Befriedigung über das rasche Ende der Sache, unwillkürlich die Frage auf: wo und wie stände der Streit, wäre im alten Verfahren gehandelt?! In keinem einzigen Falle habe ich wahrgenommen, daß das jetzige Verfahren der Gründlichkeit des Urtheils hinderlich wäre. Wo solche durch die Mündlichkeit oder Raschheit der Verhandlung gefährdet werden könnte, giebt die Proceßordnung Gegenmittel, welche sich eben so zweckmäßig wie ausreichend erweisen, flüchtige Beschlüsse zu verhüten.“ (1855. Hagemann.)

VII. „Die glücklichste praktische Probe hat aber das neue Verfahren unstreitig gleich nach Beginn seiner Wirksamkeit in der überraschend schnellen Erledigung der großen Masse von Processen bestanden, womit am Schlusse des Jahres 1852 in Veranlassung des neuen

Verjährungsgesetzes alle Gerichte überhäuft wurden. Der Andrang der Rechtsuchenden war damals so groß, daß die regelmäßigen Audienztage fast überall auf mehre Monate, unter andern beim hiesigen Amtsgerichte sogar über die Gerichtsferien hinaus, im Voraus besetzt werden mußten, und man befürchtete dringend, daß auf lange Zeit hin die erheblichsten Rechtsverzögerungen eintreten würden. Allein mit Hülfe des neuen Verfahrens sind alle jene Rechtsstreite in auffallend kurzer Zeit erledigt und, so viel man gehört hat, war schon vor dem Schlusse des Jahres 1853 der normale Stand, wonach die Termine nur auf 3 bis 4 Wochen hinaus besetzt sind, wieder hergestellt. (1855.)

VIII. „Zur raschen Erledigung der Processe hat die bürgerliche Proceßordnung im hohen Grade geeignet sich erwiesen, die Dauer der Processe hat sich nach derselben ungemein vermindert; es bedarf zur Erledigung eines größeren Processes nicht viel mehr an Monaten, als im früheren schriftlichen Verfahren Jahre darüber hinzugehen pflegten. Die Gründlichkeit der Entscheidung dürfte dabei nicht gelitten haben. Sie wird immer zum großen Theile von der Persönlichkeit des bei derselben thätigen Richterpersonals abhängen und es hat daher die Ziehung einer Parallele zwischen der Gründlichkeit bei dem früheren Verfahren und derjenigen im neuen Proceßgange ihre Schwierigkeiten. Die Vergleichung wird aber da erleichtert, wo eine größere Anzahl von Processen vor demselben Personale theils im alten, theils im neuen Verfahren zur Entscheidung gekommen ist. Dieser Fall ist hier eingetreten; es waren hier bei dem großen Senate ungefähr 200 Processe anhängig, die noch im alten Verfahren verhandelt wurden, während andere im neuen Proceßgange gleichzeitig zur Entscheidung kamen. Hinsichtlich dieser von demselben Personale ausgegangenen Entscheidungen läßt sich mit Sicherheit behaupten, daß die Entscheidungen im neuen Verfahren denen des alten Processes an Gründlichkeit mindestens nicht nachgestanden haben.

Von guter Einwirkung auf die Gründlichkeit der Entscheidung ist, neben der durch die mündliche Verhandlung erzeugten lebhafteren Anregung der Votanten zu eigener Durchdenkung der Streitfragen, die hier immer zur Anwendung gekommene Einrichtung, daß für jede Sache im Voraus ein Referent bestellt wird, der vor

dem Verhandlungstermine die Kenntniß der Acten erhält und sich auf die Sache zu präpariren hat. (1855.)

IX. „Jeder Proceß wird regelmäßig in einem Termine bis zum definitiven Erkenntnisse oder zur Abgabe des Beweisinterlocutes gebracht. Ein Aussetzen der begonnenen Hauptverhandlung tritt nur ein in Folge Vorbringens neuer Thatsachen oder Urkunden, über welche die Gegenpartei sofort sich nicht erklären kann, ein Fall, der höchst selten vorkommt. Werden verzögerliche Einreden vorgeschützt, so nehmen diese allerdings einen besonderen Verhandlungstermin in Anspruch, sofern nicht die Anwälte die Hauptsache mit verhandeln, was häufig geschieht. Ueberhaupt gehört das Vorbringen verzögerlicher Einreden zu den Ausnahmen. Das aber steht fest: für die Hauptverhandlung nur ein Termin.

Die Zahl der Beweisinterlocute ist geringer, wie nach dem früheren Verfahren. Es ist nicht ungewöhnlich, daß Sachen, in welchen auf Grund der schriftlichen Anträge und Gegenanträge hätte interloquirt werden müssen, durch die mündliche Verhandlung rücksichtlich der Thatsachen völlig klar gestellt werden, so daß sofort definitiv erkannt wird. Findet kein Beweisverfahren statt, so sind für die erste Instanz etwa 2 bis 3 Monate, für die zweite Instanz etwa 4 bis 5 Monate zu rechnen.

Sachen, welche ihrem Objecte nach von großer Wichtigkeit, der rechtlichen Entscheidung nach schwierig waren, sind in Zeit von 6 bis 7 Monaten in beiden Instanzen erledigt, während sie nach altem Verfahren wahrscheinlich eben so viele Jahre gewährt haben würden.

Von dem früheren Amte . . . . ist eine nach Preußischem Verfahren instruirte Sache hieher vererbt, Plaggen- und Sodenstich in der . . . . mark betreffend. Dieselbe hat begonnen am 27. Mai 1825 und am 24. September 1853 ist in erster Instanz über Präjudicialpunkte entschieden. Rechnet man auch 22½ Jahr ab, welche die Sache von 1830 bis Mitte 1852 geruht hat, so bleiben 6 Jahre Instruction, um zur Entscheidung einer Präjudicialfrage zu gelangen.

Ganz dieselbe Klage wegen Torfstichs in der . . . . mark ist am 2. September 1854 beim Obergerichte angebracht, und nachdem der Verhandlungstermin zweimal durch Uebereinkunft der Parteien

ausgefallen, in einem einzigen Verhandlungstermine bis zum Beweiserkenntnisse instruirt, welches am 27. Januar 1855 publicirt worden und materiell der Präjudicialentscheidung gleichsteht. So haben etwa 5 Monate und ein Verhandlungstermin im neuen Verfahren dasselbe Resultat geliefert, wie 6 Jahre und unzählige Instructionstermine im alten Verfahren.

Vergleichungen zwischen dem gemeinen und dem jetzigen Processe liefern dasselbe Resultat. Auf diese gegen das frühere Verfahren beispiellose Raschheit wirkt allerdings die Beschränkung der Rechtsmittel mit ein; der wesentliche Grund aber liegt in der öffentlich mündlichen Verhandlung, welche dem Richter die Möglichkeit giebt, alle Zweifel und Dunkelheiten in facto sofort aufzuklären, alle unnütze Weigerungen sofort zu beseitigen.

Es fragt sich: leidet durch diese Raschheit nicht die Gründlichkeit der Entscheidung? Die Erfahrung hat bewiesen, daß die Gründlichkeit bedeutend gewonnen hat. Zur Fällung eines guten Erkenntnisses ist erforderlich:

1. ein vollständiges klares factum,
2. Kenntniß des Rechts,
3. Fähigkeit, das bestehende Recht auf den gegebenen Fall anzuwenden.

Nr. 2 und 3 muß der Richter mitbringen. Wem diese Requisite fehlen, der kann weder nach altem noch nach neuem Verfahren votiren. Außerdem findet ad 2 eine Rechtsausführung der Parteien jetzt wie früher statt, mit dem Unterschiede, daß jeder Votant sie selber jetzt frisch aus dem Munde der Anwälte erhält, während sie früher durch Vermittelung eines Referenten sehr abgekürzt und häufig ungenügend zu seiner Kenntniß kam.

Das factum (Nr. 1) liefern die Parteien durch ihre Anwälte. Wie stand es damit früher? In den Schriftsätzen waren meistens die Thatsachen so gedreht und gewendet, daß, wie bereits bemerkt, die schwierigste Aufgabe des Referenten die eigentliche Ermittelung des Thatbestandes war. Der Votant erhielt das factum extractsweise durch Vermittelung des Referenten. Für Vollständigkeit, richtige Auffassung und getreuen Vortrag des Referenten bestand durchaus keine Garantie und der Votant mußte entscheiden ohne sichere Basis für seine Conclusion. Die Klagen in dieser Beziehung sind alt und allgemein. Die Richtigkeit derselben und die Nothwendig-

keit der Abhülfe ist anerkannt in der Proceßordnung von 1847 §. 99 und den Motiven zu diesem Paragraphen. — Wie steht die Sache jetzt? Jeder Votant erhält das factum unmittelbar durch die Vorträge der Anwälte; jede Dunkelheit, jeder Zweifel in facto wird kraft des bestehenden Fragerechts sofort aufgeklärt, mithin die erste Bedingung eines gründlichen Erkenntnisses (vollständiges und klares factum) jedem Votanten gegeben. Daß dieses eine wesentliche Verbesserung gegen das frühere Verfahren enthält, ist einleuchtend und bewährt sich täglich durch die Erfahrung.

In Beziehung auf den hin und wieder hervorgehobenen Mangel einer vorgängigen schriftlichen Fixirung des facti wird hier die Bemerkung genügen, daß auch früher für den Votanten, der auf den Vortrag des Referenten seine Entscheidung abgab, ein schriftlich fixirtes factum ebensowenig bestand; denn wenn jeder Votant die Acten selbst hätte lesen sollen, so würde es keines Referats bedurft haben; ferner, daß, wie die Erfahrung bewiesen, beim Votiren nach dem neuen Verfahren Zweifel über das factum äußerst selten vorkommen. In den höchst seltenen Fällen, wo von einem oder andern der Votanten Bedenken in facto erhoben, wird vor der Publication den Parteien eine desfallsige Frage gestellt und es hat sich stets, mit Ausnahme eines einzigen Falles ergeben, daß die Majorität das factum richtig aufgefaßt hatte. Immer konnte das eventuell concludirte Erkenntniß sofort publicirt werden." (1855.)

X. „Da die Hauptschwierigkeit bei Entscheidung von Civilrechtssachen nicht sowohl in der Ungewißheit über die anzuwendenden Rechtsnormen, als in der richtigen Auffassung und Sonderung verwickelter factischer Verhältnisse beruhet, diese aber durch die mündlichen Vorträge der Anwälte, verbunden mit Anwendung des Fragerechts, zur möglichsten Klarheit gebracht werden können, so kann ich mein Urtheil nur zu Gunsten des jetzigen Proceßverfahrens aussprechen.

Daß das Proceßverfahren der bürgerlichen Proceßordnung als geeignet sich erwiesen habe, die Processe mit der wünschenswerthen Raschheit zu erledigen, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Der Unterschied zwischen dem jetzigen und dem früheren Verfahren ist in dieser Beziehung so augenfällig, daß es überflüssig sein würde, ein weiteres Wort darüber zu verlieren.

Was die Gründlichkeit anbetrifft, so wird diese durch das neue Verfahren nicht allein nicht gefährdet, sondern befördert. Ueber die factischen Verhältnisse wird der Richter durch die contradictorischen Vorträge der Parteien weit besser unterrichtet, als durch den Vortrag eines Referenten, theils weil sie lebhafter sind und die Aufmerksamkeit mehr fesseln, theils weil durch die Verhandlungen der Parteien gegen einander, besonders wenn von dem Fragerechte der geeignete Gebrauch gemacht wird, die feineren Nüancen des Factums endlich klar an das Licht zu bringen sind, was bei der Relation und schriftlichen Vorträgen oft ganz unmöglich und stets mit der Gefahr verbunden ist, auf einen Irrweg zu gerathen, vor welchem die sorgfältigste und weitläuftigste Prüfung eines schriftlichen Vortrags nicht so sicher bewahrt, als eine kurze an die Parteien gerichtete Frage und deren Beantwortung.

Die Gründlichkeit der Entscheidung in Beziehung auf das Recht und die Subsumtion des Factums unter das Recht muß gleichfalls gefördert werden, wenn der Richter, statt des immerhin einseitigen Vortrages eines Referenten, die von verschiedenen Gesichtspunkten ausgehenden Ausführungen zweier Rechtsgelehrten gegen einander hört. Dazu gehört freilich, daß die Anwälte der Parteien auch den Rechtspunkt plaidiren, und nicht, wie leider häufig geschieht, erklären: „dieses ist eine Rechtsfrage, die ich nicht weiter zu behandeln brauche, sondern ohne Weiteres der Entscheidung des Gerichts überlassen kann“. Tritt hierin ein Mangel ein, so ist das nicht die Schuld der Proceßordnung, sondern der fehlsamen Behandlung der Sache durch die Anwälte, die übrigens, so häufig sie auch in der ersten Zeit vorkam, schon jetzt vielfach einem gründlicheren Verfahren Platz gemacht hat, und im Laufe der Zeit, wenn erst Jeder weiß und fühlt und durch Erfahrung belehrt ist, was zur Erreichung eines gründlichen Urtheils erforderlich ist, ohne alle Frage ganz verschwinden wird. (1855. Meyer.)

§. 13.

Der Grundsatz der Oeffentlichkeit.

Ueber die Oeffentlichkeit der Gerichtssitzungen bestimmt der §. 87 der B. P. O.:

„Die Sitzungen der erkennenden Gerichte sind in dem

Maße öffentlich, daß erwachsenen Personen der freie Zutritt gestattet ist.

Eine Ausnahme von dieser Regel ist, insofern nicht die Aufrechthaltung und Wiederherstellung der Ruhe die Entfernung sämmtlicher Zuhörer aus dem Sitzungssaale erforderlich macht, nur begründet, wenn durch die Oeffentlichkeit der Verhandlungen die Sittlichkeit verletzt werden würde.

Auch kann das Gericht, jedoch nur nach Anhörung der Staatsanwaltschaft, die Oeffentlichkeit ausschließen, wenn die streitenden Theile übereinstimmend dieses begehren."

In dem General-Rescripte vom 29. December 1854 ist hinsichtlich dieses Grundsatzes eine Frage dahin gestellt:

„Die bürgerliche Proceßordnung stellt den Grundsatz der Oeffentlichkeit der Verhandlungen als Regel auf, läßt jedoch Ausnahmen zu. Es ist daher von Interesse zu erfahren, ob der Ausschluß der Oeffentlichkeit seltener oder häufiger eingetreten sei.

Weit wichtiger erscheint jedoch die Frage, ob der Grundsatz der Oeffentlichkeit der Verhandlungen Nachtheile mit sich geführt, oder in processualischer Beziehung, etwa in Rücksicht auf chicaneuse Proceßführung, vortheilhaft eingewirkt hat."

Aus den Berichten ist hervorzuheben, daß die Oeffentlichkeit nur höchst selten ausgeschlossen wurde. Während vom 1. Januar 1855 bis 1. Januar 1859 bei den Obergerichten 20,043 Sachen anhängig wurden, erfolgte der Ausschluß der Oeffentlichkeit nur in 36 Fällen, bei vier Obergerichten in keinem Falle, bei sechs Obergerichten in je einem Falle, bei einem Obergerichte in elf Fällen.

Zuhörer sind nur selten in den öffentlichen Sitzungen erschienen; indessen haben die Parteien öfters an der Verhandlung Theil genommen.

Mehrere Berichtserstatter sind der Ansicht, daß der Grundsatz der Oeffentlichkeit der Verhandlungen weder Vortheile noch Nachtheile mit sich geführt habe. Nach den meisten Berichten hat die Oeffentlichkeit in Rücksicht auf chicaneuse Proceßführung vortheilhaft gewirkt, indem Chicanen, wenn auch nicht ganz verhindert, doch seltener geworden sind. Bemerkenswerth sind insbesondere folgende Berichte. (I—VIII von 1855, IX von 1859.)

I. „Ein Ausschluß der Oeffentlichkeit der Verhandlung hat nie

Statt gefunden, er ist auch nie beantragt. Wie die Oeffentlichkeit der Verhandlungen Nachtheile mit sich führen könne, ist nicht abzusehen. Dagegen ist sie nicht allein ein sehr nützliches, sondern selbst ein nothwendiges Attribut des mündlichen Verfahrens. Die Oeffentlichkeit gewährt sämmtlichen Landeseingesessenen die Möglichkeit, durch eigene Anschauung davon sich zu überzeugen, wie die Justiz verwaltet wird. Sie ist daher vorzugsweise geeignet, das Vertrauen der Unterthanen zur Justiz zu fördern.

Die bürgerliche Proceßordnung giebt zwar Mittel, einer chicaneusen Proceßführung entgegen zu treten; allein das thaten auch die ältern Proceßordnungen, wenn gleich ohne Effect. Dagegen legt die bürgerliche Proceßordnung die Förderung der Sache ausschließlich in die Hände der Anwälte. Um den Vorschriften in erster Beziehung Geltung zu verschaffen, um in zweiter Rücksicht Mißbräuchen entgegen zu treten, wirkt neben der Mündlichkeit vorzugsweise die Oeffentlichkeit; denn eine öffentliche Mißbilligung und Rüge ist dreifache Rüge.

Sind dieses Zweckmäßigkeitsgründe, so ist die Oeffentlichkeit nothwendig aus folgendem Grunde. Während früher Richter und Anwalt in persönliche Berührung überhaupt nicht kamen, findet die gesammte Verhandlung jetzt unmittelbar zwischen Richter und Anwalt statt. Die Mündlichkeit, soll sie überhaupt gedeihen, erfordert die strengsten Formen; ein festes, ruhiges und humanes Verhalten des Richters den Anwälten gegenüber; ein ruhiges rücksichtsvolles, und in allen Beziehungen tadelloses Benehmen der Anwälte dem Richter gegenüber. Diese Formen und Bedingungen werden großentheils durch die Oeffentlichkeit getragen, die für alle Theile die schärfste Mahnung enthält, die angewiesenen Schranken nicht zu überschreiten. Nimmt man die Oeffentlichkeit, so wird auf die Dauer entweder eine cordiale freundschaftliche, oder eine gereizte schroffe Verhandlung an die Stelle jener Erfordernisse treten. Es wird der Erwähnung kaum bedürfen, daß für das Resultat die An- oder Abwesenheit von Zuhörern bei der Verhandlung gleichgültig ist. Es entscheidet lediglich das Bewußtsein, daß nichts geheim ist, alles der Oeffentlichkeit anheim fällt."

II. „Die Oeffentlichkeit ist bis jetzt noch in keinem Falle allhier ausgeschlossen; es hat an jeder Veranlassung dazu gefehlt.

Entschiedene Nachtheile der Oeffentlichkeit der Verhandlungen sind hier nicht bemerkbar geworden; man möchte denn die gesteigerte Scheu vor Ableistung eines gerichtlichen Eides dahin zählen, die, aus äußern Gründen entstehend, sich bei Frauenzimmern zeigt, welche nicht zu den unteren Volksklassen gehören.

Ueber die Frage, ob Vergleiche unter den Parteien durch die Oeffentlichkeit mehr gefördert, oder mehr gehindert werden, bestehen abweichende Ansichten im hiesigen Gerichte. Die Oeffentlichkeit wirkt in dieser Hinsicht verschieden nach der Persönlichkeit der Proceßführenden. Während einige mehr als sonst sich scheuen, durch Ablehnung billiger Vergleichsvorschläge den Schein der Proceßsucht, Hartnäckigkeit oder Härte auf sich zu ziehen, glauben Andere in der Oeffentlichkeit sich vorzugsweise consequent und festhaltend an ihrem behaupteten Rechte zeigen zu müssen, vielleicht um ihre Ueberzeugung von der Gerechtigkeit ihrer Sache an den Tag zu legen. Ob jenes mehr überwiegt, oder dieses, ist schwierig zu bestimmen. Deutlicher tritt aber die Wirkung der Oeffentlichkeit hervor, daß die Anwälte sich mehr als früher behindert fühlen, den Vergleichen entgegen zu wirken. Indessen ist auf der anderen Seite auch der Richter, der Vorsitzende, in der Einwirkung auf die Parteien zur Herbeiführung des Vergleichs weniger frei, er hat seine Worte mehr abzuwägen, wodurch seine Vorstellungen an Eindringlichkeit verlieren. Ein Grund, der hier schon mehrfach dahin geführt hat, von dem im §. 176 der bürgerlichen Proceß-Ordnung gegebenen Mittel, der Verweisung der Sache an einen Richtercommissair zum Güte-Versuche, Gebrauch zu machen. Alles dies zusammen genommen, läßt es zweifelhaft, ob die Oeffentlichkeit die Vergleiche mehr befördert oder hindert.

Als ganz unzweifelhaft stellt sich dagegen die wohlthätige Wirkung heraus, daß die Oeffentlichkeit die Chicanen in der Proceßführung, wenn auch nicht ganz abschneidet, doch sehr vermindert."

III. „Alle Civil-Sitzungen sind bislang ohne Ausnahme bei offenen Thüren gehalten. Der Besuch des Publicums, vornämlich des gebildeten, ist recht schwach, und mag vielleicht eben dieser Mangel an urtheilsfähigen Zuhörern dazu beitragen, daß einzelne Anwälte sich nicht scheuen, mitunter Anträge zu verfolgen und Ausführungen zu versuchen, welche geradezu frivol sind.

Im Uebrigen bewirkt die Oeffentlichkeit durchaus keinen Nachtheil, vielmehr das Gute, daß die Anwälte in der dabei einnehmenden Stellung sich weit befriedigter fühlen und Partei wie jeder Dritte, der für gerichtliche Verhandlungen sich interessirt, Gelegenheit finden, zu sehen und zu hören, in welcher Weise dieselben behandelt werden, wodurch schon manches Vorurtheil gegen die Handhabung der Justiz gehoben sein mag."

IV. „Daß die Oeffentlichkeit Nachtheile mit sich geführt hätte, davon ist hier nichts wahrnehmbar gewesen. Ebensowenig aber kann ich der Oeffentlichkeit besondere Vortheile in processualischer Hinsicht zuschreiben. Gewöhnlich finden sich hier zu den Civilsitzungen gar keine, oder doch nur einzelne wenige Zuhörer ein, so daß von einem wohlthätigen Einflusse eines Zuhörer-Publicums auf die Vorträge der Parteien, oder auf die Aufmerksamkeit der Richter schon deshalb nicht die Rede sein kann. Daß eine chicaneuse Proceßführung seltener geworden ist, hat wohl in andern Verhältnissen, namentlich in der mündlichen Sachverhandlung und in den Mitteln, welche diese zur bessern Aufklärung des Sachverhalts darbietet, seinen Grund."

V. „Während des Bestehens des hiesigen Obergerichts ist die Oeffentlichkeit der Civilproceß-Verhandlungen niemals ausgeschlossen, auch auf einen solchen Ausschluß nicht angetragen worden.

Die Oeffentlichkeit der Verhandlungen hat sich mir als ein außerordentlich wirksames Mittel gegen chicaneuse Processe gezeigt. In vielen Fällen, wo anscheinend der Kläger das Recht auf seiner Seite hatte, hat der Beklagte offenbar sich geschämt, mit seiner Sache hervorzutreten, ja auch wohl nicht einmal einen Anwalt finden können. Die Sachen sind nicht einst zur Verhandlung gekommen. Die Processe nehmen augenfällig ab, weil Jeder sich scheut, eine ungerechte Sache vor die Gerichte zu bringen, und selbst die Anwälte stehen so unter dem wohlthätigen Drucke der Oeffentlichkeit, daß sie sich wohl hüten, das Gericht mit solchen Deductionen zu behelligen, wie man sie in den Proceßschriften des alten Verfahrens nur zu oft antraf.

Es ist insbesondere hervorzuheben, daß ein Anwalt, der im alten Verfahren durch seine Deductionen, Rechtsmittel und Querelen

eine Qual der Gerichte gewesen ist, unter dem Gewichte der Oeffentlichkeit jene Eigenschaft gänzlich eingebüßt hat.

Dagegen wüßte ich einen Nachtheil, den die Oeffentlichkeit der Verhandlungen mit sich geführt hätte, nicht anzugeben."

VI. „Nachtheile, welche der Grundsatz der Oeffentlichkeit im Civil-Verfahren mit sich führte, sind überall nicht hervorgetreten. Ganz unverkennbar ist aber der Vortheil, daß die Oeffentlichkeit der ungerechten und chicaneusen Proceßführung ein wesentliches Hinderniß bereitet. Wenn auch das Publicum des Zuhörerraums selten aus Sachkundigen besteht, so üben doch die im Barreau versammelten Anwälte selbst eine unzweifelhaft wirksame und gefürchtete Controle. Säumige und schlechte Zahler suchen sich außergerichtlich mit ihren Gläubigern abzufinden, um die öffentliche Verhandlung zu vermeiden, und aus dem öfter wahrgenommenen Streben, unbegründete Ansprüche oder nichtige Vertheidigungs-Gründe und Mittel thunlichst zu beschönigen, erhellt die Scheu vor der öffentlichen Kritik. Ich habe daher die Ueberzeugung gewonnen, daß der Grundsatz der Oeffentlichkeit im Allgemeinen heilsam einwirkt, die Zahl der Processe überhaupt vermindert, ganz besonders aber ungerechte und chicaneuse Proceßführung wesentlich verhindert."

VII. „Die Oeffentlichkeit ist bisjetzt niemals ausgeschlossen. Meiner Ueberzeugung nach hat sie nicht nachtheilig gewirkt, und sind Nachtheile von ihr nicht zu befürchten.

Unser Publicum besteht hauptsächlich außer den Parteien und ihren Anwälten, deren Sache verhandelt wird, aus den Parteien, Anwälten und Advocaten, die warten, bis ihre Sache an die Reihe kommt. Zuweilen erscheinen auch unbetheiligte Dritte.

Wenn diese nicht wissenschaftliches Interesse, sondern Neugierde herbeiführt, so treibt sie Langeweile bald wieder hinaus.

Wie wenig die oft von den Gegnern der Oeffentlichkeit ausgesprochene Befürchtung, daß durch dieselbe die Sachführer verleitet werden können, statt gründliche Erörterungen zu liefern, den Beifall der Menge durch oratorischen Schmuck der Rede zu erstreben, dem geschilderten Publico gegenüber Grund hat, leuchtet von selbst ein. Jeder Anwalt weiß, daß er sich durch schöne Worte nur lächerlich macht, während andererseits das Bestreben, deutlich und klar zu

sprechen, mag die Verhandlung öffentlich sein oder nicht, Lob und Aufmunterung verdient.

Schwerer ist die Frage zu beantworten, ob die Oeffentlichkeit vortheilhaft eingewirkt hat. Mit Sicherheit kann ich nur soviel bezeugen, daß jetzt chicaneuse Aufzüge weit seltener sind, wie früher, aber die wirkende Ursache entzieht sich unmittelbarer Wahrnehmung. Großes Gewicht lege ich auf das nähere Verhältniß, welches sich jetzt zwischen Richtern und Anwälten gebildet hat. Letztere bestreben sich sichtbar, die Achtung der ersteren zu erwerben und zu bewahren. Aber auch in der Oeffentlichkeit glaube ich eine mitwirkende Ursache zu erkennen. Die Anwälte scheuen gerechten Tadel des Publicums und insonderheit ihrer Collegen. Auch die Parteien werden aus demselben Grunde, wie mir scheint, geneigter, der Billigkeit Gehör zu geben. Sie schämen sich vor offenbaren Ungerechtigkeiten und Unwahrheiten und mäßigen leichter ihre Leidenschaften. Außerdem verleihet die Oeffentlichkeit der Verhandlung eine gewisse Feierlichkeit und trägt deshalb dazu bei, äußere anständige Formen aufrecht zu erhalten.

Endlich glaube ich nicht unerwähnt lassen zu dürfen, daß zuweilen durch die Anwesenheit Dritter nützliche Aufklärungen herbeigeschafft werden können. Solche Fälle haben sich allerdings selten ereignet, häufiger aber kommt es vor, daß Freunde und Verwandte, welche die Parteien begleiten, die Schließung eines Vergleichs erleichtert haben."

VIII. „Irgend welche Nachtheile sind mir nicht erkennbar geworden, dagegen habe ich häufiger wahrgenommen, daß das Zureden der anwesenden Collegen einen Anwalt zum Vergleiche oder zum Fallenlassen einer unhaltbaren Einrede oder dergleichen mitbestimmt hat, eine Wahrnehmung, die mit einiger Sicherheit einen Schluß darauf zuläßt, daß das Bewußtsein, die Sache werde öffentlich verhandelt werden, von vornherein einer chicaneusen Proceßführung einigermaßen vorbeugt."

§. 14.

4. Der Grundsatz der Mündlichkeit[1]).

Die wichtigste Neuerung, welche die bürgerliche Proceßordnung im Proceßverfahren der Hannoverschen Lande traf, besteht in der Einführung eines mündlichen Verfahrens.

Das Proceßverfahren der bürgerlichen Proceßordnung ist freilich keineswegs durchweg ein mündliches. Eine Reihe von Proceßacten, welche von Partei zu Partei, mit oder ohne Mitwirkung der Gerichtsvögte, erfolgen oder auf Veranlassung der Proceßparteien von den Kronanwaltschaften, den Gerichtsschreibereien und den Gerichtsvögten ausgehen; das lediglich dritte, dem Processe an sich fremde Personen bezielende Verfahren, insbesondere das Verfahren, welches die Aufnahme des Beweises durch Zeugen und Sachverständige zum Gegenstande hat; die Thätigkeit des Gerichts, welche mehr ordnend, administrativ, nicht eigentlich processualisch ist, wie dieses besonders im Edictal-, Zwangsvollstreckungs- und Concursverfahren vielfach der Fall — dieses Alles steht nicht unter dem Grundsatze der Mündlichkeit. Selbst dasjenige Parteiverfahren, welches eine eigentlich processualische Thätigkeit der Gerichte bezielt, fällt nur insoweit unter den Grundsatz der Mündlichkeit, als es sich als gleichzeitiges charakterisirt, entweder gleichzeitig ist oder doch nach der Intention des Gesetzgebers gleichzeitig sein soll; oder mit anderen Worten, nur dasjenige Verfahren, welches als eigentliche Verhandlung zwischen den streitenden Proceßparteien sich darstellt, beruht auf dem Grundsatze der Mündlichkeit.

Auf dem so begränzten Gebiete herrscht der mit großer Schärfe und Consequenz durchgeführte Grundsatz der Mündlichkeit als Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung eines Rechtsstreits vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern. Er findet seinen Ausdruck in den Worten des §. 101 der B. P. O.:

„Die mündlichen Parteivorträge müssen das ganze Streitverhältniß sowohl seinen thatsächlichen als rechtlichen Beziehungen nach umfassen, und dient in thatsächlicher Beziehung die münd-

---

[1]) Eine nähere doctrinelle Erörterung des Grundsatzes der Mündlichkeit findet sich im Magazin für Hannoversches Recht. N. F. Bd. I. S. 25 flgde. von Leonhardt.

liche Verhandlung als Grundlage für die richterliche Entscheidung selbst rücksichtlich derjenigen Puncte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten";

er läßt keine Ausnahme zu, sei es nach der Richtung, daß eben dieselben Richter, welche einer mündlichen Verhandlung beiwohnen, auch über die Streitpunkte, welche diese Verhandlung bezielte, zu urtheilen haben, sei es nach der anderen Richtung, daß das Parteivorbringen, insoweit es überhaupt unter den Grundsatz der Mündlichkeit fällt, nur insoweit von dem Gerichte berücksichtigt werden kann, als es mündlich in der Sitzung vorgebracht worden ist.

Die schriftlichen Parteianträge, welche, der Intention des Gesetzgebers nach, der mündlichen Verhandlung voraufgehen sollen, sind vorbereitender Natur; sie sollen die mündliche Verhandlung vorbereiten, sie erleichtern, den Gang derselben beschleunigen. Nur ganz ausnahmsweise ist der Inhalt der, die Instanz einleitenden Anträge für die mündliche Verhandlung insofern bestimmend, als die mündlich verhandelnde Partei in jenen Anträgen eine Schranke für ihr Vorbringen (Aenderung der Klage u. s. w.) findet.

Demgemäß wird man mit den Regierungsmotiven sagen dürfen: der natürlichen Anschauung der Verhältnisse gemäß, treten beide Theile vor dem Richter auf und tragen ihm ihr Begehren vor; in der mündlichen Verhandlung lebt und bewegt sich der Rechtsstreit. Neben die mündliche Verhandlung treten schriftliche Anträge, um jene vorzubereiten, zu vereinfachen und den Gang derselben zu beschleunigen; die eine Partei theilt sie der andern mit und muß bei Vermeidung der Kostenerstattung dieses thun, um sie von dem wesentlichen Inhalte ihres Begehrens zu unterrichten; eine zweite Abschrift gelangt in die Hände des Vorsitzenden des Gerichts, jedoch lediglich zu dem Zwecke, um diesem die für die Leitung der mündlichen Verhandlung erforderliche Uebersicht der Lage des Rechtsstreits zu gewähren. So treten die Parteien vor ein unbefangenes Gericht; dieses erfährt nicht durch ein Referat, wie sich der Proceß in bestimmten und feststehenden Gränzen entwickelt hat, vielmehr sieht er selbst, wie vor seinen Augen der Proceß sich entwickelt und seine Gränzen erhält.

Es ist von besonderer Wichtigkeit, daß das thatsächliche Material der mündlichen Verhandlung, weil es für die Urtheilsfällung entscheidend ist, schriftlich fixirt werde. In dieser Beziehung kommen nun zuvörderst die schriftlichen Parteianträge in Betracht: denn denselben kommt unstreitig außer der vorgedachten eine weitere Bedeutung auch insofern zu, als die mündliche Verhandlung in thatsächlicher Hinsicht der Regel nach eine Wiederholung bez. weitere Ausführung der schriftlichen Anträge sein wird und insoweit gesagt werden mag, daß durch die schriftlichen Anträge das wesentliche thatsächliche Ergebniß der mündlichen Verhandlung fixirt werde. Allein da die schriftlichen Parteianträge die mündliche Verhandlung nur vorbereiten, nicht aber dieselbe bestimmen sollen, so genügen dieselben dem vorgedachten Zwecke nicht vollständig und der Gesetzgeber hat daher behufs Herbeiführung thunlichster Congruenz des schriftlich fixirten Vorbringens mit der mündlichen Verhandlung rücksichtlich der thatsächlichen Grundlage des Rechtsstreits, vorgeschrieben, daß der Vorsitzende des Gerichts auf Antrag der Partei, der Gegenpartei, der beisitzenden Richter und selbst von Amtswegen zu verordnen habe, daß in der mündlichen Verhandlung hervortretende wesentliche thatsächliche Abänderungen bez. Erweiterungen der schriftlichen Parteianträge durch nachträgliches schriftliches Vorbringen zum Sitzungsprotokolle oder durch das letztere selbst festzustellen, insbesondere zu verlesen seien. (§§. 95. 102 der B. P. O.) — Von größter Bedeutung sind aber daneben die Vorschriften der §§. 356, 4. 357 und 360 der B. P. O., nach welchen

das Urtheil eine gedrängte — aber doch vollständige — Darstellung des dem Rechtsstreite zu Grunde liegenden Thatbestandes in Gemäßheit der Vorträge der Parteien bez. des Ergebnisses der Beweisführung, unter Hervorhebung der Schlußanträge der Parteien bez. des Staatsanwalts enthalten soll, wobei jedoch eine Bezugnahme auf den Inhalt der Schriftsätze, sowie etwa zu Protokoll gegebene Erklärungen der Parteien nicht ausgeschlossen ist;

diese Darstellung des Thatbestandes im Urtheile rücksichtlich des mündlichen Vorbringens der Parteien vollen Beweis liefert, welcher lediglich durch das Sitzungsprotokoll — insofern dieses thatsächliche Abänderungen bez. Erweiterungen der schriftlichen Parteianträge nach Vorschrift des §. 102 der B. P. O. festgestellt hat — entkräftet werden kann;

jede Partei während einer kurzen Frist befugt ist, die Berichtigung etwaiger Unrichtigkeiten wie Auslassungen des Thatbestandes im Urtheile zu begehren, welche jedoch, insofern sie erfolgt, auf die im verkündigten Urtheile enthaltene Entscheidung für die Instanz keinen Einfluß äußern soll.

Schon an dieser Stelle muß hervorgehoben werden, daß die bürgerliche Proceßordnung neben dem mündlichen Verfahren, welches die weitgreifende Regel bildet, ein schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung, als außerordentliche Verfahrungsart, kennt. Dasselbe kann auf Antrag der Parteien und selbst von Amtswegen durch Beschluß des Gerichts für Sachen angeordnet werden, welche wegen außergewöhnlicher Ausdehnung oder Verwickelung der thatsächlichen Verhältnisse bez. der Beweise nicht geeignet erscheinen, durch mündliche Verhandlung aufgeklärt zu werden. Es steht im Wesentlichen demjenigen Verfahren gleich, welches in den nichtrheinischen Landestheilen Preußens und einigen anderen deutschen Staaten mündliches Verfahren genannt wird. Von den besonderen Vorschriften über dieses Verfahren (§§. 460—476 der B. P. O.), welche Folge des allgemeinen Grundsatzes sind und meist im Gegensatze zu den entsprechenden Vorschriften des regelmäßigen Verfahrens stehen, heben wir die folgenden hervor:

der das gerichtliche Verfahren anordnende Beschluß des Gerichts — nicht des Gerichtsvorsitzenden — beauftragt zugleich ein Gerichtsmitglied mit der Instruction der Sache, welche entweder zu Protokoll oder durch Schriftwechsel vor sich geht;

die Schrift hat hier nicht die Natur eines die mündliche Verhandlung vorbereitenden Acts, vielmehr wird der Rechtsstreit in seinen thatsächlichen Beziehungen vollständig durch sie bestimmt; die Ausführung von Rechtscontroversen in den Schriftsätzen ist unzuläßig;

an die schriftliche Instruction schließt sich eine mündliche Schlußverhandlung, in welcher zuvörderst der mit der Leitung des schriftlichen Verfahrens beauftragte Richter auf Grund der Acten eine übersichtliche Darstellung des Standes der Sache vorzutragen, die Parteien aber die rechtlichen Gesichtspunkte des Streits zu erörtern haben, während der Regel nach neues thatsächliches Vorbringen, insbesondere das Vorschützen neuer Einreden u. s. w., so

wie das Nachholen von Beweisen unzulässig, statthaft dagegen eine Berichtigung oder Vervollständigung der Sachdarstellung des Berichtserstatters erscheint.

§. 15.

Im Generalrescripte vom 29. December 1854 hat das Königliche Justizministerium sich dahin geäußert:

„III. Eine vorzugsweise sorgfältige Berücksichtigung verdient der Grundsatz der bürgerlichen Proceßordnung, nach welchem der Rechtsstreit unmittelbar vor den, zu seiner Entscheidung berufenen Richtern zu verhandeln ist.

1. Das Gesetz stellt den Grundsatz der Mündlichkeit als Regel auf, läßt jedoch ausnahmsweise schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung (§§. 460 ff.) zu.

Es fragt sich, ob diese Ordnung der Sache den Verhältnissen entspreche oder ob es sich mehr empfehle, das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung entweder als ausnahmslose oder doch als weitgreifende Regel hinzustellen.

Für diese Frage ist es von ganz besonderer Bedeutung, zu wissen, ob das praktische Bedürfniß selten oder häufiger auf Zulassung des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung geführt hat.

Daneben wird sodann aber mit Rücksicht auf die gemachten Erfahrungen zu prüfen sein:

ob das eine oder das andere Verfahren erstens für Raschheit der Procedur, zweitens aber für Gründlichkeit des Urtheils die größere Gewähr darbiete;

ob jenes oder dieses Verfahren geeigneter sei, eine redliche, von Proceßchicanen freie, Proceßführung herbeizuführen;

ob nicht das mündliche Verfahren des Gesetzes in Betracht seines Characters als eines gleichzeitigen Verfahrens und mit Rücksicht auf das richterliche Fragerecht ganz vorzugsweise geeignet erscheine, zu größerer Klarheit der Streitverhältnisse, insbesondere zu genauer Substantiirung der relevanten thatsächlichen Verhältnisse und folgenweise zur Vermeidung der Abweisung der Klagen in angebrachter Maße, zur Vermeidung von Beweis-Interlocuten, sowie zu genauer und fester Formulirung der Beweissätze zu führen.

2. Das Gesetz hat, abweichend von andern Gesetzgebungen, das mündliche Verfahren mit der Consequenz in sich aufgenommen, daß in thatsächlicher Beziehung die mündliche Verhandlung als Grundlage für die richterliche Entscheidung selbst rücksichtlich derjenigen Puncte dienen solle, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten. (§. 101.)

Dieser Punct ist von dem unter 1. behandelten wesentlich verschieden. Giebt man die hervorgehobene Consequenz auf, so folgt daraus der Uebergang zum schriftlichen Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung in keiner Weise, vielmehr nur der Uebergang zu dem Satze, daß das in den schriftlichen Anträgen bezw. im und zum Sitzungsprotocolle niedergelegte Factum die Grundlage der richterlichen Entscheidung bilde. (Vergl. §. 386.)

Die Regierungsmotive zur bürgerlichen Proceßordnung ergeben, daß der Gesetzgeber auf die Congruenz des mündlichen und schriftlichen Vorbringens ein sehr großes Gewicht gelegt, daneben aber gehofft hat, daß diese Congruenz bei gehöriger Beachtung der Vorschrift des §. 102 ohne besondere Schwierigkeit herbeigeführt werden könne. Wir wünschen zu erfahren, ob diese Hoffnung in Erfüllung gegangen, so wie ferner, ob Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes im Urtheil selten oder häufiger gestellt bezw. für begründet erkannt worden sind."

§. 16.

1. Seit einer längeren Reihe von Jahren sind sämmtliche Gerichtsvorsitzenden — wie mehrfach bemerkt wird auch mit den Richtern und Anwälten — darüber einverstanden, daß es den Verhältnissen in aller Maße entspreche, wenn das Gesetz den Grundsatz der Mündlichkeit als Regel aufstelle und schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung nur sehr ausnahmsweise zulasse [1]). Sie finden fast durchweg einen durchschlagenden Grund für die Richtigkeit dieser Ansicht in dem Umstande, daß schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung, wenn überhaupt, so doch nur in äußerst seltenen Fällen als ein praktisches Bedürfniß sich

[1]) Nur aus dem Jahre 1855 finden sich zwei Berichte, welche von der entgegengesetzten Ansicht ausgehen, sich im Wesentlichen auf die desfallsigen Ausführungen in den v. Bothmer'schen Fragmenten z. B. P. O. stützend.

erwiesen habe. Es wird hervorgehoben, daß das letztere Verfahren in einzelnen Fällen sich nicht bewährt; daß es früher häufiger zur Anwendung gebracht, später in den Hintergrund getreten sei, weil es den Beifall weder der Richter noch der Anwälte gewonnen habe.

In einzelnen Berichten wird erwähnt, daß das mündliche Verfahren für das, zumal verwickelte Beweisverfahren nicht die gleiche Bedeutung, wie für das erste Verfahren habe und zu wünschen sei, daß für das Beweisverfahren das schriftliche Verfahren mit schriftlicher Schlußverhandlung häufiger, als dieses bislang der Fall gewesen, zur Anwendung gelange.

2. Die Fixirung des wesentlich thatsächlichen Inhalts der mündlichen Verhandlung erregt der größeren Mehrzahl der Gerichtsvorsitzenden besondere Bedenken nicht; sie halten dafür, daß selbst gegenüber verwickelten thatsächlichen Verhältnissen bei gehöriger Sorgfalt und ernstlichem Zusammenwirken der Betheiligten jene Fixirung ohne große Schwierigkeit zu erreichen sei. Einige Berichtserstatter haben größere Bedenken, halten jedoch dafür, daß, zumal in Anbetracht der, übrigens von allen Seiten einbezeugten Erfahrung, daß Berichtigungs-Anträge des Thatbestandes im Urtheile zu den allergrößten Seltenheiten gehörten[1]), eine Aenderung in der Gesetzgebung wenigstens zur Zeit sich überall nicht empfehlen werde. Von den wenigen Berichtserstattern, welche noch weiter gehen und eine Aenderung der Gesetzgebung wünschen, beantragt keiner die Erhebung des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung zur Regel, und nur ein einziger, wenn wir nicht irren, die unter III. 2. des Generalrescripts vom 29. December 1854 erwähnte Remedur. Der eine hält es für genügend, wenn die Klagänderung von Amtswegen berücksichtigt werden müsse; ein anderer, wenn die Anwälte bei Strafe durch das Gesetz verpflichtet würden, in ihren schriftlichen Anträgen die der Sache zu Grunde liegenden wichtigen thatsächlichen Verhältnisse

---

[1]) Man kann die Zahl derselben sich nicht leicht gering genug vorstellen. Von den neuesten Geschäftsberichten, welche mir gerade vorliegen, äußern sich zehn bestimmt über diesen Punct. Hiernach wurde bei vier Gerichtsabtheilungen ein Berichtigungsantrag überhaupt nicht gestellt, bei sechs Gerichtsabtheilungen je einmal, bei einer Gerichtsabtheilung dreimal. Von diesen neun Anträgen wurden sechs verworfen, zwei für begründet erklärt, einer, weil nur eventuell vorgebracht, nicht erledigt.

genau und bestimmt anzugeben, so wie jede in der mündlichen Verhandlung erfolgende Abweichung von den schriftlichen Anträgen schriftlich und zwar mit der Antwort des Gegners dem Gerichte zu überreichen; während ein dritter — jedoch nur ganz eventuell — vorschlägt, die Vorschrift des §. 386 über die Fixirung des Thatbestandes im amtsgerichtlichen Verfahren auf das obergerichtliche Verfahren zu übertragen. Ein sehr interessantes Material über die Fixirung des Thatbestandes enthält der §. 17.

3. Abgesehen von Austrägalsachen, scheint beim höchsten Landesgerichte das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung gar nicht vorgekommen zu sein. In den seit dem 1. Januar 1855 bis 1. Januar 1859 bei den Obergerichten Meppen und Lehe anhängig gemachten, hier zu berücksichtigenden Sachen kam es je einmal zur Anwendung und stellte sich im gedachten Zeitraume zum Regelverfahren bei den Obergerichten:

1)	Hannover	wie	1 : 727.
2)	Hildesheim	„	1 : 575.
3)	Aurich	„	1 : 350.
4)	Stade	„	1 : 328.
5)	Verden	„	1 : 273.
6)	Hameln	„	1 : 260.
7)	Göttingen	„	1 : 232.
8)	Nienburg	„	1 : 170.
9)	Osnabrück	„	1 : 166.
10)	Osterode	„	1 : 129.
11)	Dannenberg	„	1 : 129.
12)	Goslar	„	1 : 89.
13)	Celle	„	1 : 69.
14)	Lüneburg	„	1 : 68.

durchschnittlich aber wie:

1 : 195.

§. 17.

Von dem sehr reichhaltigen Material, welches die Präsidialberichte enthalten, theilen wir das Nachfolgende mit:

I. „Es scheint kein durchschlagender Grund vorzuliegen, den in der bürgerlichen Proceßordnung als Regel festgestellten Grundsatz

der Mündlichkeit zu verlassen, oder wesentlich zu modificiren; vielmehr dürfte es vorzuziehen sein, das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung, sowie es ausnahmsweise in der bürgerlichen Proceßordnung angeordnet worden ist, als eine unter besondern Verhältnissen gebotene, aber auch auf diese zu beschränkende Ausnahme beizubehalten.

Denn a) ist es im hohen Grade bedenklich, die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit eines nach sorgfältiger Prüfung als das angemessenste erkannten Grundprincips auf's Neue in Frage zu stellen, welches einem kaum erst in's Leben getretenen Gesetze seine wesentlichste Bedeutung und Wirksamkeit verleihet. Nur die dringendste, auf Erfahrung gegründete Nothwendigkeit kann allein ein solches Beginnen rechtfertigen. Ob die Erfahrung zweier Jahre, während welcher die bürgerliche Proceßordnung zur Anwendung gekommen ist, dazu genüge, eine ganz sichere Ueberzeugung in der fraglichen Beziehung zu begründen, mag dahin gestellt bleiben; soviel aber ist gewiß, daß die Zweckmäßigkeit des der bürgerlichen Proceßordnung zum Grunde liegenden Princips der Mündlichkeit, sowie es in derselben unter ausnahmsweiser Zulassung des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung zur Anwendung gebracht worden ist, durch die bisher gemachte Erfahrung weder widerlegt, noch besonders zweifelhaft geworden ist. Ein Beweisargument von nicht geringem Gewichte liefert in dieser Hinsicht der Umstand, daß bei dem ... Senate des Königlichen Oberappellationsgerichts sich bis jetzt noch nicht ein einziges Mal das Bedürfniß gezeigt hat, das in der bürgerlichen Proceßordnung gestattete außerordentliche schriftliche Verfahren eintreten zu lassen, obgleich eine Menge sehr wichtiger, weitläuftiger und in thatsächlicher Beziehung verwickelter Sachen, unter denen einige die fünfstündige Sitzungszeit mehrerer auf einander folgenden Tage zu ihrer Verhandlung in öffentlicher Audienz in Anspruch nahmen, an denselben zur Entscheidung in der Berufungsinstanz gelangt sind.

Daß übrigens b) das schriftliche Verfahren die größere Gewähr für die Gründlichkeit des Urtheils darbiete, während das mündliche Verfahren eine größere Sicherheit für die Raschheit der Procedur gewähre, ist bereits zur ersten Frage hervorgehoben und nachzuweisen versucht worden. Indessen ist der Erfolg beider Arten des Verfahrens von zu vielen Nebenverhältnissen und Zufälligkeiten

abhängig, als daß man ein absolut entscheidendes Gewicht auf das Princip, welches der einen oder andern zum Grunde liegt, legen dürfte, besonders wenn man daneben erwägt, daß so viel auf die Art der Durch- und Ausführung des adoptirten Grundprincips ankommt. Die Mehrzahl der zur richterlichen Entscheidung gelangenden Sachen gehört der Kategorie der weniger bedeutenden, einfachern, weder besonders weitläufigen noch verwickelten Sachen an. Ihre Beurtheilung bietet daher keine Schwierigkeit dar. Warum also die zeitraubende, den Proceß- und Geschäftsgang erschwerende Schriftlichkeit des Verfahrens auf sie anwenden? Da sie die Regel bilden, so wird auch das auf sie am zweckmäßigsten anzuwendende Verfahren die allgemeine Regel des Proceßverfahrens ausmachen müssen, nämlich die Mündlichkeit, welche am besten geeignet ist, die große Masse von Sachen geringerer Bedeutung rasch zu erledigen. Das schriftliche Verfahren wird nur da auszuhelfen haben, wo die Raschheit der Procedur der Gründlichkeit des Urtheils Gefahr drohet. Von diesem Grundsatze ist die bürgerliche Proceßordnung ausgegangen, indem sie ausnahmsweise ein schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung zugelassen hat. Diese Vereinigung beider Principe bei dem Verfahren in außergewöhnlichen Fällen, welche wegen ihres großen Umfanges und besonders hervortretenden Verwickelungen die Auffassung und Beurtheilung derselben erschweren, stellt sich offenbar als höchst zweckmäßig dar. Aber selbst in solchen, eine Ausnahme von dem regelmäßigen Verfahren rechtfertigenden Fällen tritt nicht allemal das Bedürfniß der Zulassung einer schriftlichen Hauptverhandlung ein. Es ist mehr oder weniger abhängig von der Geschicklichkeit, Gewandtheit und Darstellungsgabe der Sachführer und Anwälte der Parteien. Wird bei ihnen weder Klarheit und Präcision des mündlichen Vortrags, noch Fähigkeit und Eifer vermißt, die Verwickelungen der Sache durch Sonderung und beziehungsweise Zusammenstellung des umfangreichen Proceß-Materials in logisch geordneter Reihenfolge zu lösen, so wird es bei einer zweckmäßigen Leitung der mündlichen Verhandlung eines außerordentlichen schriftlichen Verfahrens nicht bedürfen.

Dies wird unter jener Voraussetzung um so weniger der Fall sein, als c) das in der bürgerlichen Proceßordnung angeordnete mündliche Verfahren wegen Gleichzeitigkeit der Verhandlung der Sache unter den Parteien, mit Rücksicht auf das richterliche Frage-

recht den großen Vortheil gewährt, sofort ohne Weitläuftigkeit das thatsächliche Verhältniß und die sich darauf beziehenden Streitpuncte aufzuklären, in ein helles Licht zu stellen und zu fixiren. Es wird dadurch nicht selten eine genauere und bessere Substantiirung der zur Begründung der Angriffs- und Vertheidigungsmomente erforderlichen thatsächlichen Verhältnisse herbeigeführt und auf solche Weise die Zurückweisung der Klage in angebrachter Maße, die Verwerfung nur dem Anscheine nach sich nicht als erheblich darstellender Einreden, und in Folge von Zugeständnissen, die Abgabe von Beweis-Interlocuten vermieden, oder da wo letztere dennoch erforderlich ist, eine genauere und dem Streitverhältnisse mehr entsprechende Formulirung der Beweissätze möglich gemacht.

Alle diese Vortheile, welche die mündliche Verhandlung in unmittelbarer Gegenwart des Gerichts gewährt, tragen nicht nur zur Abkürzung und Beschleunigung der Procedur sehr viel bei, sondern sie erklären auch, daß bisher selbst in weitläuftigen und verwickelten Fällen das praktische Bedürfniß so wenig auf Zulassung des außerordentlichen schriftlichen Verfahrens geführt hat.

Auf die Redlichkeit der Proceßführung dürfte dagegen d) die eine oder andere Art des Verfahrens von keinem entscheidenden Einflusse sein, weil der Hang zur Chicane lediglich in dem persönlichen Character der streitenden Theile und ihrer Sachführer seinen Grund hat und gewöhnlich mit Frechheit und Mangel an Ehrgefühl gepaart ist. Nur die Besorgniß, den mit der Chicane beabsichtigten Zweck zu verfehlen, wird den, welcher sich dieses unlautern Mittels bedient, zu einiger Zurückhaltung und zur Verschleierung seiner unredlichen Handlungsweise veranlassen. Aber die Unmittelbarkeit der mündlichen Verhandlung vor dem versammelten Gerichte wird ihn ebenso wenig, wie die Schriftlichkeit des Verfahrens, welche ein bleibendes Zeugniß davon hinterläßt, abhalten, seine chicaneuse Proceßführung fortzusetzen, vielmehr wird die Macht der Rede, wenn sie ihm zu Gebote steht, ihm als ein willkommenes Mittel erscheinen, sie zu verdecken und seine Richter zu täuschen.

Eine consequente Durchführung des Princips der Mündlichkeit, welches der bürgerlichen Proceßordnung zum Grunde liegt, muß allerdings dahin führen, daß in thatsächlicher Beziehung die mündliche Verhandlung als die eigentliche Grundlage der richterlichen Entscheidung gilt, und daß selbst die Puncte, welche eine Abweichung

von dem durch die Schrift festgestellten factischen Vorbringen enthalten, unter denselben Gesichtspunct fallen, indem das schriftliche Vorverfahren und beziehungsweise die durch das Sitzungsprotocoll oder nachträgliches Vorbringen constatirten Abweichungen von den schriftlichen Anträgen nur zur Vorbereitung und zu Anhaltspuncten für die mündliche Verhandlung dienen sollen.

Allein eine solche Durchführung des Grundprincips in ihrer vollen Consequenz ist in mehrfacher Beziehung nicht ohne nachtheilige Folgen für die von dem Gesetze beabsichtigte möglichste Raschheit der Procedur ohne Gefährdung der Gründlichkeit der richterlichen Entscheidung des Rechtsstreits. Das schriftliche Vorverfahren verliert den größten Theil seiner Bedeutung, wenn eine unbedingte Abweichung von dem durch die Schrift in dem gedachten Vorverfahren festgestellten Vorbringen in der mündlichen Verhandlung der Sache zuläßig ist und letztere in thatsächlicher Beziehung als alleinige Grundlage für die richterliche Entscheidung dient. Denn wie kann die Gegenpartei sich auf etwas vorbereiten, was zuerst in der mündlichen Verhandlung vorgebracht wird und wovon sie also vorher keine Wissenschaft hat? Sie wird auf solche Weise nur irre geführt und verleitet, nur das ins Auge zu fassen, was zur Widerlegung des in dem schriftlichen Vortrage wirklich enthaltenen thatsächlichen Verhältnisses geeignet ist. Wird in der mündlichen Verhandlung hiervon abgewichen und erhält in Folge dieser Abweichungen der Thatbestand eine ganz veränderte Gestalt, so erscheint das außergerichtliche Vorverfahren als unnütz und überflüssig. Der Zweck desselben ist verfehlt, statt die Erledigung des Rechtsstreits zu fördern und zu beschleunigen, hat er nur eine mit unnütz aufgewandten Kosten verbundene Verzögerung erlitten. Eine fernere nachtheilige Folge erheblicher Abweichungen von dem im schriftlichen Vorverfahren festgestellten Thatbestande, in der mündlichen Hauptverhandlung ist die, daß durch dieselben leicht Unsicherheit über den wahren Stand der Sache, Verwirrungen und Verwickelungen herbeigeführt werden, welche das thatsächliche Verhältniß verdunkeln und die richtige Auffassung desselben erschweren. Eine dem Streitverhältnisse vollkommen entsprechende richterliche Entscheidung wird hierdurch nicht wenig gefährdet. Die schriftliche Feststellung der wesentlichen thatsächlichen Abweichungen des mündlichen Vortrages von dem schriftlichen Vorbringen, wie der §. 102 der bürgerlichen Proceßordnung

vorschreibt, wird dem Uebelstande nicht immer eine zureichende Abhülfe gewähren. Denn bei dem Mangel gehöriger Vorbereitung auf das neue Vorbringen wird sich in manchen Fällen nicht sofort erkennen lassen, welche Abweichungen von dem ursprünglichen factischen Vorbringen als wesentliche und welche als unwesentliche sich darstellen.

Es wird dadurch zugleich die völlige Congruenz des mündlichen und schriftlichen Vorbringens nicht selten zweifelhaft, und die Zweifel hierüber veranlassen im Fortgange des Processes manchmal Contestationen unter den Parteien, besonders wenn das Sitzungsprotocoll nicht mit der erforderlichen Genauigkeit und Klarheit abgefaßt und der Inhalt desselben mit dem Thatbestande des ersten Erkenntnisses nicht völlig übereinstimmt, wie dies hin und wieder vorgekommen ist.

Es erscheint daher wünschenswerth, die hervorgehobenen Nachtheile möglichst zu beseitigen und die Identität des Rechtsstreits in Beziehung auf die Grundlage, welche ihm in dem schriftlichen Vorverfahren gegeben ist, zu befestigen und sicher zu stellen. Dies dürfte, ohne dem Principe der Mündlichkeit wesentlichen Eintrag zu thun, durch eine dahin zu treffende Modification der Bestimmung des §. 101 der bürgerlichen Proceßordnung zu erreichen sein, daß den Schlußworten derselben der Zusatz hinzugefügt würde:

> jedoch mit Ausnahme solcher, welche eine Klagveränderung involviren.

Es kann vielleicht eine solche, die Abweichungen von dem thatsächlichen Inhalte der schriftlichen Klaganträge auf Thatsachen, die eine bloße Klagverbesserung bezwecken, beschränkende Modification des §. 101 aus dem Grunde überflüssig erscheinen, weil schon der §. 203 der bürgerlichen Proceßordnung eine Klageänderung für unstatthaft erklärt, wenn der Beklagte Widerspruch dagegen erhebt. Allein grade diese Voraussetzung, zufolge welcher die Unzulässigkeit dee Klagänderung bedingt und es von seiner Wahl abhängig gemacht wird, sie zu gestatten oder nicht, legt der Erreichung des hier in Frage stehenden Zwecks, die schriftlichen Klaganträge rücksichtlich des zur Begründung der Klage vorgebrachten thatsächlichen Verhältnisses als feste Grundlage der mündlichen Verhandlung und der richterlichen Entscheidung gelten zu lassen, die wesentlichsten Hindernisse in den Weg. Denn läßt der Beklagte sich auf die ver-

änderte Klage ein, ohne die Klageänderung zu rügen, so wird statt der ursprünglichen Klage eine ganz neue in den Rechtsstreit eingeführt, die ursprüngliche Grundlage desselben also aufgehoben und mit derselben fällt die Identität des ganzen Rechtsstreits hinweg." (1855.)

II. „Der Grundsatz der mündlichen Verhandlung vor den entscheidenden Richtern hat sich bereits mit größerm Einflusse ausgewiesen, da er insonderheit vielfach dazu gedient, auf leichte Weise factische Aufklärungen herbeizuführen, Vergleiche zu ermöglichen, bald hinsichtlich des ganzen Rechtsstreits, bald auch nur zur Feststellung einzelner Theile desselben oder einzelner Voraussetzungen, was jedenfalls zur wesentlichen Abkürzung des Processes diente, indem dadurch manches Beweis-Interlocut völlig erspart, manches aber richtiger gestellt werden konnte. Schriftliches Verfahren ist bis dahin im . . . Senate des Oberappellationsgerichts überhaupt noch nicht vorgekommen, aber auch noch nicht aus Rücksichten für eine raschere oder für eine gründlichere Erledigung der Sache als erforderlich anerkannt. Wohl hat sich in einzelnen sehr weitläuftigen Sachen, namentlich da, wo weitläuftige Zeugenaussagen und andere umfangreiche Beweisführungen in Frage waren, der mündliche Vortrag der Anwälte als nicht geeignet dargestellt, den Richtern ein erschöpfendes Bild zu geben, vielmehr ist hier der Vortrag des Referenten für besonders erwünscht erkannt; allein auch in solchen Sachen ist nicht zu absehen, daß ein schriftliches Deductions-Verfahren irgend weiter geführt hätte; höchstens könnte man sagen, daß beiderlei Deductionsarten zu entbehren seien.

Theoretisch ließe sich vielleicht mancherlei dafür sagen, stets eine schriftliche Grundlage für das Thatsächliche zu verlangen, und hat mir von den hierfür in der Regel angezogenen Gesichtspunkten der immer am bedeutendsten erscheinen wollen, daß in den, die einzige bleibende Kunde über die dem Urtheile vorangehenden Verhandlungen von thatsächlichen Behauptungen wiedergebenden Thatbestand des Urtheils doch nur diejenigen Momente aufgenommen werden können, welche dem betreffenden Gerichte erheblich erschienen, unmöglich aber auch alle diejenigen Momente, welche für andere Gesichtspunkte möglicherweise relevant sein möchten, und daß, wenn der spätere Richter auf Grund der Klage &c. einem abweichenden

Gesichtspunkte ein größeres Gewicht beilegt, über die desfallsigen Verhandlungen jeder Anhaltspunkt fehlt.

Während übrigens das Gedächtniß der Richter, wenn sie pflichtmäßig bald nach der Verhandlung den Thatbestand fixiren und durch dessen baldige Eröffnung an die Parteien diesen Gelegenheit geben, etwaige omissa nachzuholen, ausreichen möchte, die ursprüngliche Schriftlichkeit der Vorverhandlungen zu ersetzen, so wird dadurch doch jenem Bedenken nicht begegnet. Indessen es ist in praxi mir nur ein einziger Fall vorgekommen, wo aus diesem Grunde der Thatbestand des ersten Urtheils den Berufungsrichter im Stiche ließ, und da man jenem Bedenken von bloß theoretischem Standpunkte ab einfach die — freilich auch rein theoretische — Erwiederung entgegenstellen kann, daß ja die Partei, welche Interesse dabei habe, daß der Thatbestand für alle Gesichtspunkte, die sich möglicherweise für den betreffenden Fall aufstellen lassen, vollständig das Vorgekommene enthalte, Gelegenheit habe, das Fehlende hineinbringen zu lassen, — so finde ich hierin allein keinen Grund, einem Vorschlage das Wort zu reden, der nur zu leicht uns wieder in die volle Schriftlichkeit mit allen ihren Mängeln zurückführen könnte. Der Umstand, daß die Berichtigungsanträge der Parteien zu den größten Seltenheiten gehören, beweiset zur Genüge, wie das Gedächtniß der Richter völlig ausreicht, den Thatbestand zu fixiren. Die Belästigungen der Ausfertigungen der s. g. Qualitäten ist im Grunde auch nicht groß, da das Gericht ja die Befugniß hat, da, wo die mündliche Verhandlung keine Abweichung gebracht hat, einfach auf die schriftlichen Anträge Bezug zu nehmen. Nur da, wo die Anträge ganz fehlen oder mangelhaft sind, wird entweder darauf zu halten sein, daß das Protokoll das Fehlende aufnimmt, oder es wird in den Thatbestand aus den Verhandlungen mehr wörtlich aufgenommen werden müssen. Die Nothwendigkeit, hierzu zu schreiten, gehört indeß beim Oberappellationsgerichte zu den Seltenheiten.

Eine andere Frage möchte die sein, ob nicht für einzelne Acte der Proceßführung, namentlich für die Beweisantretungen, die bloßen schriftlichen Vorträge genügend sein würden. Es läßt sich nicht verkennen, daß in diesen Fällen, wo im Grunde nur factische Momente vorgelegt werden, und rechtliche Deductionen wenig oder gar nicht vorkommen, oft, ja vielleicht regelmäßig die nämliche

Verhandlung in etwas weiterm nicht besteht, als in bloßem Vorlesen der schriftlichen Anträge. Hier kann man nicht ohne Grund wider das mündliche Verfahren den Einwand erheben, daß es überflüssigen Zeit- und Kostenaufwand herbeiführe. Allein es wird nicht leicht sein, hier erschöpfende Vorschriften für eine Vereinfachung des Verfahrens an die Stelle zu setzen. Zunächst würde man den Schriften eine ganz veränderte Bedeutung geben müssen; man würde indeß daneben es in die Hand des Präsidenten legen müssen, in denjenigen Fällen, wo etwa Einwendungen gegen die Erheblichkeit oder Zulässigkeit der Beweisantretung gemacht sind, die noch eine weitere Verhandlung erfordern, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, also wieder zum mündlichen Verfahren zurückzukehren; da würde es sich dann weiter fragen, ob es nicht richtiger sei, für diese Fälle das Princip nicht zu durchlöchern, um die kleinen Nachtheile, welche sich in einzelnen Fällen aus der Entbehrlichkeit der mündlichen Verhandlung herausstellen, mit in den Kauf zu nehmen. Ich traue hierin meinen Erfahrungen nicht genug, um, gestützt auf diese allein, deshalb schon jetzt eine Aenderung zu empfehlen.

Was die ferner hiermit zusammenhängende Frage anbetrifft, ob nicht allgemein den schriftlichen Anträgen da, wo sie vorkommen, eine entscheidendere Bedeutung gegeben werden solle, so hat auch diese viele Vertheidiger gefunden. Ich gehöre nicht zu ihnen. Will man nicht zugleich damit die Vorschrift verknüpfen, daß die Parteien alles Factische in die schriftlichen Anträge aufnehmen *müssen*, oder doch, daß sie von demjenigen, was sie einmal darin niedergelegt haben, nicht wieder zurücktreten — und derartige Bestimmungen würden das Proceßverfahren wiederum auf ein ganz anderes Feld führen, — so sehe ich nicht ein, was damit groß gewonnen wäre. Diejenigen Richter, vor welchen die mündlichen Verhandlungen vor sich gehen, würden nur mit um so größerer Aengstlichkeit prüfen müssen, ob Abweichungen in diesen von den schriftlichen Eingaben vorgekommen, um Widersprüche auszugleichen, während doch nach der jetzigen Einrichtung der mündliche Vortrag ihnen ein völlig lebendiges Bild giebt, und die schriftlichen Anträge in ihrer jetzigen Bedeutung genügen, ihr Gedächtniß, wo es nöthig ist, aufzufrischen und etwaige Mißverständnisse aufzuklären. Für den Berufungsrichter würde eine solche Bestimmung aber vollends überflüssig sein, so lange eine Uebereinstimmung mit

den schriftlichen Anträgen, dem Protokolle und dem Thatbestande vorwaltet, während sie ihm dann nur Zweifel zu Wege bringen würde, wenn unter diesen verschiedenen schriftlichen Nachrichten Widersprüche sich zeigen sollten, von welchen jetzt die Rede nicht sein kann; für die Parteien endlich bedarf es jener Garantie auch nicht, da sie ja das Recht der Fixirung zu Protocoll oder der Berichtigung des Thatbestandes haben, um ihren Vorträgen eine richtige Berücksichtigung zu sichern. Die Erfahrung, welche ich in dieser Hinsicht gemacht habe, redet einem etwaigen Vorschlage, in dieser Richtung das Princip der Mündlichkeit zu verlassen, nicht das Wort, stellt eine solche Aenderung nicht als Bedürfniß dar, und dies genügt mir wieder, davon abzurathen, da ich immer von dergleichen Aenderungen für uns, die wir an Schriftlichkeit gewöhnt waren, die Gefahr fürchte, bei Kleinem in dieselbe zurückgedrängt zu werden. Empfehlungswerth für eine klare Auffassung des Thatsächlichen halte ich immerhin:

daß die Protocolle, außer den rein formellen Punkten über die Verhandlungen, nur wirkliche Abweichungen und die in den schriftlichen Aufsätzen nicht enthaltenen Momente aufnehmen. Beides aber nie ohne nachmalige Verlesung und Genehmigung, sowie, daß der Thatbestand des Urtheils da, wo darin nicht auf die schriftlichen Anträge Bezug genommen wird, sich thunlichst an die Worte der Letztern hält, da aber, wo er wirkliche Abweichungen enthalten soll, dies bestimmt markirt.

Hierzu gehört eine große Aufmerksamkeit des Präsidenten und eine vorgängige Bekanntschaft nicht bloß von seiner Seite, sondern auch von Seiten des Secretairs mit den schriftlichen Anträgen. Das Verfahren hierin ist bei den einzelnen Obergerichten nicht gleich und es kommen, gerade weil sie jene Cautelen mitunter bei Seite setzen, nicht selten Ungewißheiten in facto vor. Eine einfache Einschärfung jener Vorsichtsmaßregeln, die offenbar dem Geiste des Gesetzes vollständig entsprechen, dürfte hier aber ausreichen." (1855.)

III. „Es ist das im §. 460 ff. der B. P. O. angeordnete schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung bislang nur in einer einzigen, eine anscheinend etwas complicirte Erbauseinandersetzung bezielenden Sache auf den übereinstimmenden Antrag beider Theile gerichtsseitig zugelassen worden; es befindet

sich diese Sache noch in der Instruction und ist noch in keiner Beziehung zum Zweck irgend einer Entscheidung an das Gericht gelangt, mithin auch eine Zusammenhaltung des darin befolgten Verfahrens mit dem rein mündlichen Verfahren in den in dem hohen Rescript hervorgehobenen Beziehungen, noch zur Zeit nicht thunlich gewesen, daher ich denn das Ergebniß der bisherigen Erfahrungen für jetzt nur darauf zu beschränken vermag, daß dieselben noch nichts ergeben haben, was hinsichtlich des in der Proceßordnung zwischen dem mündlichen und schriftlichen Verfahren als Regel aufgestellten Verhältnisses einiges Bedenken erregen könnte.

Die Feststellung der thatsächlichen Grundlage des Rechtsstreits auf den ausschließlichen Grund der mündlichen Verhandlungen, ohne Rücksicht auf deren etwaige Abweichung von dem in den schriftlichen Anträgen enthaltenen Vorbringen, hat im Allgemeinen keinen besonderen Schwierigkeiten unterlegen, zumal einestheils dergleichen Abweichungen stets nur die Ausnahme gebildet, und anderntheils eintretenden Falls die Anwälte selber solche stets speciell hervorzuheben nicht unterlassen haben.

Es ist auch bislang kein einziger Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes im Urtheil vorgekommen, vielmehr hat der einzige Statt gefundene Berichtigungsantrag nur einen in der Entscheidung vorgefallenen Rechnungsirrthum zum Gegenstande gehabt." (1855. Planck.)

IV. „Beim kleinen Senate ist nur ein einziger Fall vorgekommen, in welchem auf Einleitung des fraglichen Ausnahmeverfahrens erkannt ist.

Der betreffende Rechtsstreit ist jedoch nicht zur mündlichen Verhandlung gekommen, vorher vielmehr liegen geblieben.

Ein praktisches Bedürfniß, das Ausnahmeverfahren als regelmäßiges Verfahren hinzustellen, kann daher in keiner Maße als vorhanden angenommen werden; übrigens mangeln die Erfahrungen, um die gewünschte Auskunft hinsichtlich des gegenseitigen Verhältnisses der einzelnen zu dieser Nummer hervorgehobenen Punkte abgeben zu können.

Wie bereits bemerkt, werden die Acten einige Tage vor dem Termine dem bestellten Referenten mitgetheilt. Derselbe ist daher bei der mündlichen Verhandlung in den Stand gesetzt, den Vortrag

über das Thatsächliche mit der Darstellung desselben in den schriftlichen Anträgen zu vergleichen, und über etwaige Abänderungen die geeigneten Erläuterungen zu veranlassen. Bei wesentlichen Abänderungen sowie bei Thatsachen, über die keine schriftlichen Anträge vorlagen, z. B. Einreden, Adhäsionen rc. ist häufig schon von den Parteien das Auskunftsmittel getroffen, daß sie solche vorher niederschreiben, und dieses Niedergeschriebene dem Vorsitzenden einreichen, um dadurch jedem Irrthume vorzubeugen; fehlt auch ein derartiges Hülfsmittel, so sind immer wenigstens drei Richter vorhanden, die den Vortrag vernommen, und finden sich, wie sich solches allerdings ereignet, unter diesen Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Vorgetragenen, so sind wir wieder in das Gerichtszimmer gegangen, haben die Parteien zu einer wiederholten Herauslassung über den zweifelhaften Punkt aufgefordert und so die erforderliche Gewißheit erlangt. Dadurch ist denn auch stets der Thatbestand auf genügende Weise festgestellt, — Anträge auf Berichtigung desselben, so wie er später im Urtheile aufgenommen, sind, soweit meine Erinnerung reicht, beim kleinen Senate nur einmal eingegangen, und scheinen daher die Erwartungen, die von der Vorschrift des §. 102 gehegt sind, allerdings erfüllt worden zu sein." (1855. v. Bobers.)

V. „Daß der Rechtsstreit unmittelbar vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern verhandelt wird, ist eine wesentliche Verbesserung des Verfahrens und daß das mündliche Verfahren die Regel bildet und das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung die Ausnahme, ist den Verhältnissen durchaus entsprechend. Das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung ist nur in sehr seltenen Fällen, bei höchst verwickelten Sachen, zweckmäßig. Es ist bei verwickelten Sachen mit dem schriftlichen Vorverfahren, wenn man es bis zur Duplik ausdehnt, in der Regel recht gut fertig zu werden, und dieses Verfahren hat den großen Vortheil, daß es, da mündlich Abweichungen von den in den Schriften angegebenen Thatsachen vorgetragen werden können, beweglicher ist. Allein auch dieses Verfahren wird hier fast nie angewandt, sondern man pflegt auch recht verwickelte Sachen im gewöhnlichen mündlichen Verfahren zu verhandeln. Es ist dieses bei großer Vorsicht, und wenn man sich nicht scheut, sehr genaue

Notate über das Vorgetragene zu machen, auch das Wichtigere des Vorgetragenen, wenn es nicht in den eingereichten Schriften enthalten ist, zu Protocoll nehmen zu lassen, und nöthigenfalls nach beendigter Verhandlung über irgend einen zweifelhaften Punkt die Parteien annoch befragt, recht gut möglich, und da dieses Verfahren den Anwälten mehr zusagt, so wird fast nie von ihnen das schriftliche Vorverfahren beantragt, höchstens aber wird von dem Kläger in oder kurz vor dem Verhandlungstermine eine Schrift eingereicht, welche seine Beantwortung der beklagtischen Gegenanträge enthält. Das jetzige regelmäßige mündliche Verfahren hat bei gehöriger Leitung desselben durch den Präsidenten, namentlich wenn er von dem Fragerechte einen verständigen Gebrauch macht, so große Vorzüge vor demjenigen, in welchem die thatsächlichen Behauptungen der Parteien vor dem Verhandlungstermine durch die Schrift festgestellt werden müssen, daß ich nicht glaube, daß irgend Jemand, der die Sache aus Erfahrung kennt, sich entschließen wird, es aufzugeben. Verlangt man aber durchaus eine Feststellung der thatsächlichen Behauptungen der Parteien durch die Schrift, so würde sich dieses allerdings auch bei Beibehaltung des mündlichen Verfahrens durch Aufnahme aller derjenigen thatsächlichen Behauptungen der Parteien, welche nicht in ihren Schriften enthalten sind, in das Sitzungsprotocoll bewerkstelligen lassen, allein das Verfahren würde dadurch im höchsten Grade schleppend werden, und man würde auch bei großer Weitläuftigkeit und Vorsicht doch wahrscheinlich oft wahrnehmen, daß man nicht vollständig genug in der Sitzung habe protokolliren lassen, und da man die Schrift aus den mündlichen Vorträgen nicht wird ergänzen können, so wird leicht das materielle Recht benachtheiligt werden. Auch wird bei dem jetzigen Verfahren der Thatbestand fast immer richtig in den Urtheilen festgestellt, und wenn auch Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes im Urtheile bei dem großen Senate des hiesigen Obergerichts mitunter vorgekommen sind, so haben sich diese doch fast immer nicht auf die Auffassung des Thatbestandes, sondern darauf bezogen, daß wenn Thatsachen, welche von dem Gerichte für irrelevant gehalten wurden, von der einen Partei in ihren eingereichten Schriften behauptet wurden, die mündliche Erklärung der Gegenpartei auf dieselben, namentlich deren Ableugnen, nicht genügend im Thatbestande angegeben war, ein Umstand, der für die Beurtheilung der

Sache durch das erkennende Gericht, da dieses die Thatsachen für irrelevant hielt, ohne allen Einfluß war, in der Berufungsinstanz aber von dem größten Einflusse sein konnte, wenn das Berufungsgericht die Thatsachen für relevant hielt, und nunmehr, da das Ableugnen der desfallsigen Behauptungen nicht ausdrücklich im Thatbestande des Urtheils angegeben war, nach §. 201 der Proceßordnung sie für zugestanden annahm, obgleich sie von der Gegenpartei nie zugestanden waren. Dieses ist aber nicht bloß beim jetzigen mündlichen Verfahren, sondern auch bei einem Verfahren möglich, welches verlangt, daß alle thatsächlichen Behauptungen der Parteien, soweit es nicht durch ihre Schriften geschehen, durch das Sitzungsprotokoll festgestellt werden. Es ist dieses eine der Gefahren, die die Vorschrift des §. 201 der B. Pr. Ordn. „nicht bestrittene Thatsachen gelten für zugestanden," besonders in der Berufungsinstanz mit sich führt, da das Berufungsgericht nur aus den Acten ersehen kann, ob in der ersten Instanz Etwas bestritten ist oder nicht, es also, wenn die Acten das Bestreiten nicht angeben, in der Regel annehmen wird, daß die Thatsache nicht bestritten, folglich zugestanden ist, und die Partei dann von diesem angenommenen Zugeständnisse sich auch nicht dadurch wird befreien können, daß sie in der Berufungsinstanz ausdrücklich die Thatsache in Abrede nimmt, und behauptet, daß es in der ersten Instanz nur versäumt sei, niederzuschreiben, daß sie diese Thatsache geleugnet habe. Dieselbe Gefahr für das materielle Recht tritt aber auch dann ein, wenn Jemand die thatsächlichen Behauptungen der Gegenpartei aus einem Versehen oder weil er sie für irrelevant hält, mit Stillschweigen übergeht, und diese Gefahr wird bei einem Verfahren, welches die Fixirung aller thatsächlichen Behauptungen der Parteien durch die Schrift vor oder in dem Verhandlungstermine verlangt, noch größer sein, als bei dem jetzigen mündlichen Verfahren, weil, wenn es einmal versäumt ist, das mündlich geschehene Bestreiten der gegnerischen Behauptung in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen, die Angabe, daß solches geschehen ist, auch nicht im Thatbestande des Erkenntnisses nachgeholt werden kann. Ein solches Versäumen wird aber sehr leicht möglich sein, da es mit der größten Schwierigkeit verbunden und sehr zeitraubend sein wird, Alles, was bei einem solchen Verfahren nothwendig ist, in das Sitzungsprotokoll aufzunehmen, während man bei dem jetzigen mündlichen Verfahren

nur das Wichtigste in das Sitzungsprotokoll aufnehmen läßt, und das übrige, welches nothwendig angegeben werden muß, lediglich in den Thatbestand des Urtheils aufnimmt." (1859.)

VI. „Das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung kenne ich immer noch nur aus der Proceß-Ordnung, nicht aus der Praxis.

Discordanz zwischen Rede und Schrift kommt häufig vor. Einklang zwischen beiden aber läßt sich durch Protocollirung ohne Schwierigkeit bewirken. Feststellung der Abweichungen des mündlichen Vortrags von den Schriftsätzen durch nachträgliches schriftliches Vorbringen halte ich für kein sicheres Mittel zur Herstellung der Congruenz, außerdem aber auch für kein angemessenes, weil der Verhandlung meines Erachtens die Berathung, wenigstens die Feststellung der Consideranda, sofort nachfolgen, dabei dann aber die schriftliche Grundlage, welche, wenn die Grundsätze beim mündlichen Vortrage geändert sind, und das Protocoll die Aenderungen nicht enthält, offenbar dabei fehlen würde, zur Hand sein muß." (1860.)

VII. „Um die hier aufgeworfenen Fragen gründlich beantworten zu können, muß meines Erachtens unter Benutzung der gewonnenen Erfahrungen zuvörderst untersucht werden:

1) was vermag die mündliche Verhandlung zu leisten und welche Bedürfnisse müssen durch die von den Parteien eingereichten Schriftsätze, das Sitzungs-Protokoll und die Darstellung des Thatbestandes in dem Urtheile befriedigt werden?

2) wie wird diesen Bedürfnissen nach den Vorschriften der Proceß-Ordnung und in der Praxis Genüge geleistet?

Ich erlaube mir zu diesem Zwecke die einzelnen Abschnitte des Processes einer getrennten Betrachtung zu unterziehen:

1) Verhandlung bis zur Abgabe des ersten Erkenntnisses.

Der Richter muß, um entscheiden zu können, die Rechtsverhältnisse, auf welche es ankommt, klar auffassen und im Geiste reproduciren. Lesen der Acten, Berichtserstattung aus denselben und mündliche Verhandlung sind nur verschiedene Mittel, um jenes zu

erreichen. Nach meinem Dafürhalten hat das letztere Mittel vor den beiden ersteren erhebliche Vorzüge, weil es schneller zum Ziele führt und weil die mündliche Verhandlung anregender und deshalb geeigneter ist, ein klares Bild hervorzurufen.

Sowohl beim schriftlichen als mündlichen Verfahren kann es vorkommen, daß den Votanten, wenn sie ihre Meinung äußern sollen, das Sachverhältniß nicht vollkommen klar geworden ist und daß einzelne Thatsachen dem Gedächtnisse entschwunden sind. Ereignete sich dieser Fall während der Herrschaft der alten Proceßgesetze, so wurde der Referent befragt. Vermochte dieser keine befriedigende Antwort zu ertheilen, so mußten die Acten nachgesehen und die betreffenden Stellen derselben verlesen werden. Aber auch diese ließen die Richter oft in Ungewißheit, denn ihre Zweifel waren oft nur eine Folge der Unklarheit, mit welcher sich die Parteien in den Schriften ausgesprochen hatten. Jetzt haben wir ein besseres Mittel. Wenn der Ungewißheit eines Votanten nicht mit Sicherheit durch die andern Mitglieder des Gerichts abgeholfen werden kann, so gehen wir wieder in das Sitzungszimmer und befragen die Parteien. Dadurch wird nicht nur ergänzt, was unserm Gedächtnisse fehlt, sondern es wird auch den Parteien Gelegenheit gegeben, sich klarer über diejenigen Punkte auszusprechen, die ihr Vortrag im Dunkeln gelassen hatte. Auf diese Weise kann selbst dann Abhülfe geschafft werden, wenn das Urtheil ausgesetzt ist, und sich bei der zweiten Berathung Zweifel über das factum ergeben. Wir haben schon mehrere Male, bevor wir das ausgesetzte Urtheil publicirten, die Parteien, um sicher zu gehen, befragt. Es handelte sich in solchen Fällen nur um minder wichtige Nebenpunkte. Die von den Parteien eingereichten Schriften gewähren den großen Nutzen, daß Anwälte und Richter sich vorbereiten können, sind aber keineswegs die Grundlage der Entscheidung. Der Einsicht des Sitzungs-Protocolls bedürfen wir bei derselben nicht.

Ich glaube also aussprechen zu dürfen, daß, soweit meine Erfahrung reicht, sich die Zweckmäßigkeit der Vorschriften der Proceß-Ordnung für das erste Verfahren im Wesentlichen bewährt hat.

2) Beweisantretungstermin.

Dieser Termin hat weniger den Zweck, eine unmittelbar abzugebende Entscheidung vorzubereiten, als Nachrichten zu sammeln, welche in späteren Abschnitten des Processes benutzt werden. Des-

halb und weil eine genauere Protocollirung, als in anderen Terminen erforderlich ist, wird die Verhandlung oft sehr langweilig.... Demunerachtet kann ich nicht dafürhalten, daß es zweckmäßig sein würde, den Termin abzuschaffen und statt dessen in dieser Lage des Processes das alte schriftliche Verfahren wieder herzustellen, denn die Erfahrung hat hinlänglich bewiesen, daß die Vorbereitungen zur Beweisaufnahme jetzt schneller erledigt werden, wie früher.....

Bedenklich ist, daß nicht die Verlesung des im Beweisantretungstermine aufgenommenen Protocolls bestimmt vorgeschrieben ist. Die Parteien verlangen niemals, daß Abweichungen und Erweiterungen der schriftlichen Anträge verlesen werden und die officielle Aufforderung dazu kann leicht unterbleiben, weil eine Sache die andere drängt. Die Gefahr mindert sich aber, weil der Präsident verpflichtet ist, die Protocolle genau nachzusehen und die Verfügung auf die Beweisantretung in der Regel in einem besonderen Bescheide erlassen wird, so daß die Parteien Gelegenheit haben, nöthigenfalls auf Berichtigung anzutragen. Bislang ist aus der manchmal unterbliebenen Verlesung des Protocolls kein Nachtheil entstanden.

3) Beweisaufnahme.

Die Proceß-Ordnung hat genügend dafür gesorgt, daß die Aussagen der Zeugen, die Gutachten der Sachverständigen und die Ergebnisse des Augenscheins beurkundet werden.....

4) Beweisausführung.

Bei dieser ist die Aufnahme eines förmlichen Protokolls überflüssig.

5) Berufungs-Instanz.

.... Es frägt sich also, ob die Proceß-Ordnung hinreichende Fürsorge getroffen hat, daß die Verhandlungen ersterer Instanz insoweit sicher beurkundet werden, als erforderlich ist, um das Verfahren in der Berufungs-Instanz in den gehörigen Schranken zu halten. Ich bezweifle, daß diese Frage bejaht werden darf.

Die von den Parteien eingereichten Schriften genügen nicht, denn nach §. 101 der Proceß-Ordnung bilden nicht diese, sondern der mündliche Vortrag die Grundlage der Entscheidung. Erstere können also beliebig geändert werden. Das gilt selbst von der Klagschrift, denn nicht nur Verbesserungen sind gestattet, sondern auch eine Veränderung muß zugelassen werden, wenn die Gegenpartei nicht sofort widerspricht. Das Sitzungsprotocoll ist zum Be-

weise nicht tauglich, wenn es nicht vorgelesen und genehmigt wird. Die Proceß-Ordnung erstrebt zwar durch ihre Vorschriften in den §§. 102 und 95, daß nicht nur Abweichungen von den schriftlichen Vorträgen, sondern auch Erweiterungen durch Vorlesung des Protocolls oder durch nachträgliches schriftliches Vorbringen festgestellt werden sollen, allein die Ausführung ist nicht nur nicht gesichert, sondern meines Erachtens zum Theil unmöglich. Die Abänderungen der von den Parteien in ihren Schriftsätzen gestellten Bitten lassen sich, wenn sie sofort bei deren Vorlesung vor dem Beginnen der eigentlichen Verhandlung erfolgen, ohne große Schwierigkeit feststellen. Sie sind gewöhnlich von geringer Bedeutung. Sehr schwer ist es dagegen zu bewirken, daß alle im Laufe der Verhandlungen vorgenommenen Veränderungen und Modificationen in der Darstellung des facti protocollirt und verlesen werden. Die Anwälte sprechen in zusammenhängenden Reden und es fällt ihnen niemals ein, die Vorlesung des Protocolls zu begehren. Präsident und Richter sind in der Hauptsache, der Leitung des Verfahrens und dem Bestreben, sich den Streitfall zu versinnlichen und klar zu machen, zu sehr beschäftigt, um im Stande zu sein, ihre stete Aufmerksamkeit auf das Protocoll zu richten. Sollte jede Abänderung und Modification durch das Protocoll sicher gestellt werden, so müßten die Anwälte häufig unterbrochen werden. Durch ein solches Zerreißen ihrer Vorträge würden dieselben an Klarheit verlieren und die Hauptsache würde also zum Besten der Nebensache, des Protocolls, leiden. Ganz unthunlich ist es, das Protocoll in continenti so abfassen und verlesen zu lassen, daß es eine vollständige Darstellung aller in dem Termine vorgebrachten neuen Thatsachen enthält und daneben den sicheren Beweis liefert, daß und welche der in den Schriftsätzen vorgetragenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel benutzt oder aufgegeben sind und daß und über welche Thatsachen sich der Gegner erklärt und welche er durch Stillschweigen eingeräumt hat.

Eine solche Protocollirung würde der Verhandlung alle Frische und Lebendigkeit rauben, die der Vorzug des mündlichen Vortrags ist. Das Verfahren würde sich im Wesentlichen in ein schriftliches umwandeln, denn das Protocoll ist ebensowohl eine Schrift, als der von der Partei eingereichte Schriftsatz und unterscheidet sich von die-

sem nur durch die Art der Entscheidung. Die Instruction ad protocollum eignet sich nur für Einzelrichter, nicht aber für Collegien.

Soll der alte Grundsatz: quod non est in actis, non est in mundo, wieder Geltung erlangen, so müssen wir bei den Collegial-Gerichten zu dem alten Schriftwechsel zurückkehren.

Das Protocoll kann also bei dem Verfahren, wie es sich jetzt gestaltet hat, in dem vorgelesenen und genehmigten Theile desselben nur Bruchstücke enthalten und übrigens nur Notizen liefern, die nützlich sind, um dem Gedächtnisse der Parteien und der Richter zu Hülfe zu kommen, aber zum Beweise nicht hinreichen.

Auch der Thatbestand, welcher dem Urtheile vorangeschickt werden muß, ist nicht hinreichend, alle Bedenken zu entfernen. Von dem einen Urtheilsverfasser wird er mit mehr, von dem andern mit weniger Genauigkeit und Ausführlichkeit zusammengestellt. Ein bestimmtes Maß läßt sich nicht erreichen und sichern. Auch verlangt die Proceß-Ordnung §. 356 nur eine gedrängte Darstellung. Nur das Wesentliche soll also aufgenommen werden. Es kann aber dem Urtheilsverfasser manches als unwesentlich erscheinen, was der spätere Berufungsrichter für sehr wesentlich hält.

Es läßt sich also nicht leugnen, daß in der Berufungs-Instanz Zweifel über den Inhalt der Klage und über die Frage entstehen können, ob Thatsachen eingeräumt oder geleugnet sind. Wie kann diesem Uebelstande vorgebeugt werden? Meines Erachtens durch einfache gesetzliche Bestimmung, daß die Parteien den Inhalt der Schriftsätze gegen sich gelten lassen müssen und daß Thatsachen, welche der Vorschrift des §. 93 der Proceß-Ordnung zuwider in den Gegenanträgen unbeantwortet geblieben sind, als zugestanden gelten sollen, wenn die Parteien nicht sofort den Gegenbeweis zu liefern vermögen: entweder durch in dem Verhandlungstermine eingereichte Schriften, oder durch den verlesenen Theil des Protocolls, oder durch den dem Urtheile vorangeschickten Thatbestand. . . .

Der in den v. Bothmer'schen Fragmenten angedeuteten Befürchtung, daß die Parteien die Einreichung der Gegenanträge versäumen werden, weil für die Unterlassung kein erhebliches Präjudiz gedroht ist, vermag ich nicht Raum zu geben, denn bislang hat in keiner beim hiesigen Obergerichte verhandelten Sache der Gegenantrag bei Verhandlungen gefehlt, bei welchen derselbe von Nutzen sein konnte.

Wenn auf die angegebene Weise die Verhandlungen der ersten Instanz beurkundet werden, so kann demungeachtet in der Berufungs-Instanz noch ungewiß bleiben, ob Thatsachen, welche in dieser vorgebracht werden, schon in der ersten Instanz vorgekommen sind oder nicht und ob die Parteien von allen in den Schriftsätzen erwähnten Angriffs- und Vertheidigungsmitteln in der mündlichen Verhandlung Gebrauch gemacht haben oder nicht. Diese Ungewißheit wird indessen in der Regel unschädlich sein, weil es den Parteien freisteht, Thatsachen, welche die Acten nicht erwähnen, mittelst des **beneficii novorum** nachzutragen und Rechtsbehelfe aufzugeben, deren sie sich in der ersten Instanz wirklich oder scheinbar bedient haben.

Möglich ist zwar, daß eine Thatsache, welche nur in der mündlichen Verhandlung vorgekommen ist, entweder ausdrücklich oder stillschweigend zugestanden ist und daß demungeachtet die Acten über ein solches Zugeständniß keinen Beweis liefern. In den meisten Fällen wird auch dieser Mangel keinen wesentlichen Nachtheil herbeiführen, denn es läßt sich nicht erwarten, daß die Gegenpartei Thatsachen leugnen wird, die sie in der ersten Instanz zugestanden hat. Sollte es aber dennoch geschehen, so verbleibt der andern Partei die Befugniß, die abgeleugnete Thatsache zu beweisen. Sie mag sich dabei des früheren Geständnisses als eines Beweisgrundes bedienen. Daß sie die Last des Beweises trifft, ist ihre eigene Schuld, denn sie hatte in der ersten Instanz die Befugniß, die Protocollirung des Geständnisses zu verlangen. Auf keinen Fall ist anzurathen, wegen solcher entfernt liegenden Möglichkeiten das bisherige Verfahren zu ändern, denn nur eine wesentliche Umwandlung desselben, die Substituirung des schriftlichen Verfahrens, würde, wie ich oben gezeigt zu haben glaube, helfen können.

Wenig bedenklich scheinen dagegen die vorgeschlagenen Abänderungen, denn sie lassen das mündliche Verfahren im Wesentlichen und soweit es heilsam ist, bestehen und werden nur, wie ich glaube, gesetzlich sanctioniren, was sich in der Praxis ziemlich von selbst macht. Aber eben deshalb sind sie vielleicht unnöthig. Es wird wenigstens mit ihnen gewartet werden dürfen, bis sich das praktische Bedürfniß gezeigt hat....

6) Wirkung des Urtheils.

Auch nachdem das Urtheil bereits rechtskräftig geworden ist,

kann es nöthig werden, die gepflogenen Verhandlungen zu Rathe zu ziehen, theils um eine richtige Deutung des Erkenntnisses in der Executions-Instanz zu sichern, und theils um in einem spätern Processe die exceptio rei judicatae zu begründen. Zu diesen Zwecken wird in der Regel eine weitere Beurkundung der Verhandlungen, als sie zum Zwecke der Berufungs-Instanz erforderlich ist, nicht nöthig sein. Daß Ausnahmen denkbar sind, in welchen ein Mehreres zu wünschen wäre, kann meines Erachtens nicht in Betracht kommen, denn aus entfernt liegenden Möglichkeiten darf kein Grund hergeleitet werden, um ein Verfahren zu ändern, das sich übrigens als zweckmäßig darstellt.

Ich erlaube mir nunmehr zur Beantwortung der speciellen Fragen überzugehen.

ad 1. Daß die Bestimmung der Proceß-Ordnung, welche die Mündlichkeit als Regel aufstellt und nur ausnahmsweise das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung verstattet, den Verhältnissen entspricht, glaube ich schon oben dargethan zu haben. Ich bezweifle überhaupt die Zweckmäßigkeit des letzteren Verfahrens. Es scheint mir eine unnatürliche und gefährliche Trennung der Rechtsausführungen von der Darstellung der Thatsachen anzubahnen. Durch die Rechtsdeductionen werden die Parteien oft erst in Stand gesetzt, zu beurtheilen, auf welche Thatsachen es ankommt. Wenn also der einen Partei verstattet wird, die rechtliche Ausführung bis zum Schlußtermine aufzuschieben, so muß der andern Partei die Befugniß eingeräumt werden, zur Widerlegung derselben neue Thatsachen anzuführen. Wird ihr dies gewährt, so ist das in den §§. 460 ff. angeordnete Verfahren im Wesentlichen von dem Verfahren nicht verschieden, welches die §§. 207 ff. regeln. Soll dagegen neues factisches Vorbringen mit der Strenge, wie im §. 473 geschehen ist, ausgeschlossen werden, so scheint mir die Schlußverhandlung theils gefährlich, theils überflüssig zu sein, gefährlich, weil den Parteien Gelegenheit gegeben wird, sich gegenseits durch Zurückhaltung der rechtlichen Ausführungen zu übervortheilen, überflüssig, weil, wenn die schriftlichen Verhandlungen bereits die Rechtsausführungen enthalten, die Schlußverhandlung keinen wesentlichen Nutzen schafft und die Entscheidung verzögert.

Soll daher ausnahmsweise das schriftliche Verfahren eintreten, so muß es meines Erachtens mit derselben Consequenz durchgeführt

werden. Durch den fremdartigen Zusatz der Schlußverhandlung werden, fürchte ich, die Unvollkommenheiten des mündlichen und schriftlichen Verfahrens gehäuft, ohne die besondern Vorzüge des einen oder andern zu erreichen. . . .

ad 2. Die Praxis entspricht demjenigen, was ich oben über die Art der Protocollirung gesagt habe. Im Anfange haben mir die Protocolle viel Mühe gemacht. Der Secretair bestrebte sich, die Vorträge der Parteien möglichst vollständig wieder zu geben. Seine Auffassung war aber oft unrichtig. Es mußte also viel geändert werden. Jetzt faßt er sich kürzer und es gelingt ihm besser, das Wesentliche richtig darzustellen. Ich kann mich daher meistens auf wenige am Rande mit Blei geschriebene Bemerkungen beschränken, die sich der Secretair in der Regel ohne Bedenken aneignet. Berichtigungs-Anträge sind selten und scheinen immer seltener zu werden." (1855.)

VIII. „Schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung hat in keinem Falle stattgehabt. Ich bin daher nicht im Stande, eine Vergleichung desselben mit dem regelmäßigen Verfahren aus eigener Anschauung vorzunehmen. Einigermaßen mag indessen das häufiger zugelassene gerichtliche schriftliche Verfahren der §§. 207 u. ff. einer solchen Vergleichung als Anhaltspunkt dienen. Daß dieses in einzelnen Fällen zweckmäßig sei, mag ich nach der in dieser Beziehung gemachten Erfahrung zwar nicht bezweifeln, bin indessen daneben entschieden der Ansicht, daß es besser ganz zu entbehren als noch weiter auszudehnen wäre. Eine Beschleunigung der Sache wird durch dasselbe selten zu erreichen sein, zumal da häufig die vom Gerichte gesetzten Fristen nicht immer inne gehalten werden und von der den Parteien im §. 213 gegebenen Befugniß kein Gebrauch gemacht wird. Es bleibt also nur der Vortheil einer bessern Fixirung des Thatsächlichen. Indessen die Sache muß schon sehr verwickelt sein, wenn diese nicht auch nach gewechselten Klag- und Gegenanträgen durch Feststellung zu richterlichem Protocoll sollte erreicht werden können, und jedenfalls scheint mir dieser mögliche Vortheil sehr durch die Gefahr aufgewogen, daß allerlei irrelevante Thatsachen in die Verhandlung gezogen werden, die beim regelmäßigen Verfahren schwerlich zur Sprache gebracht wären. Dem tritt endlich hinzu, daß die mündliche Verhandlung selbst mehr

und mehr zu dem Scheinbilde einer solchen herabsinkt und die Einwirkung des Vorsitzenden auf richtiges Hervorheben des Relevanten und übersichtliche Gruppirung des Thatsächlichen mehr und mehr beschränkt wird. So gewinnt das Gericht durch eine solche Verhandlung regelmäßig eine weniger klare Anschauung als durch das rein mündliche Verfahren in einem gleich verwickelten Falle, und das Urtheil wird schließlich mehr auf den Grund der Acten als auf den des mündlichen Vorbringens gebaut. Die Erfahrung hat denn auch gezeigt, daß dieses Ausnahmsverfahren regelmäßig nicht von den Anwälten beantragt wird, die in den Geist der Proceß-Ordnung am tiefsten eingedrungen sind. Wenn aber alle die mit diesem Verfahren verbundenen Unzuträglichkeiten bei dem nach §. 460 u. ff. geregelten Processe meines Erachtens in gleichem oder noch höherem Grade hervortreten werden, so kann ich nicht anstehen, die unter Nr. III. 1 des erwähnten hohen Generalrescripts gestellten Fragen entschieden zu Gunsten des regelmäßigen Verfahrens zu beantworten.

Eine Abweichung des mündlichen Vorbringens von dem Inhalte der schriftlichen Anträge ist verhältnißmäßig nicht selten eingetreten und hat mich in der Regel veranlaßt, dasselbe durch das Sitzungsprotocoll festzustellen. Damit scheint mir aber auch allen möglicherweise sich ergebenden Uebelständen vorgebeugt zu sein, während eine Abweichung von dem Grundsatze der bürgerlichen Proceß-Ordnung nur dazu führen könnte, das formelle Recht über das materielle zu stellen. Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes sind nicht vorgekommen." (1859.)

IX. „Die Mündlichkeit, als das gesetzliche Grundprincip des jetzigen Verfahrens, ist hier mit allem Nachdrucke zur Geltung gekommen. Anträge auf schriftliches Verfahren (§. 460) waren anfangs häufiger, regelmäßig unbegründet und sind später fast gar nicht vorgekommen. Im Ganzen wurde bisher nur in sehr wenigen Fällen schriftlich verhandelt. Daher haben Erfahrungen über Vorzüge des gesetzlichen Ausnahme- vor dem gesetzlichen Regelverfahren nicht gemacht werden können. Dieses selbst aber — die Mündlichkeit — hat in der Anwendung keine Nachtheile, sondern erhebliche Vortheile für die Pflege des Rechtes ergeben. Verkennen läßt sich zwar nicht, daß es oft schwer — ja! ohne die schrift-

lichen Voranträge mitunter unmöglich ist, die Lage und den Verhalt der Sache aus der mündlichen Verhandlung sicher und vollständig aufzufassen. Diese große Unzuträglichkeit hat sich indessen schon erheblich gemindert und wird durch Uebung und Gewohnheit, mündlich zu verhandeln, mit der Zeit gänzlich verschwinden. Der entschieden schon jetzt erkennbare, größte Vortheil der Mündlichkeit ist die oben bezeichnete Raschheit des heutigen Rechtsganges. Die sonstigen, überall bewährten Vortheile des mündlichen, mit Fragerecht und Oeffentlichkeit verbundenen Verfahrens werden in längerer Anwendung unserer Proceß-Ordnung ohne Zweifel ebenfalls eintreten. Schon jetzt läßt sich behaupten, daß offenbare Chicane, leere Spitzfindigkeiten, verschleierte Angaben, unfähige Anwälte vor Gericht seltener geworden sind.

Es hat das Princip des §. 101 der bürgerlichen Proceß-Ordnung in der Anwendung sich nicht bedenklich erwiesen, auch keine erheblichen Schwierigkeiten gefunden, die Abweichungen in der mündlichen Verhandlung von den schriftlichen Anträgen zu fixiren. Praktisch wird dieser Fixirung kein großer Werth beigelegt, weil die Berufung neuem Vorbringen ein sehr weites Feld gönnt.

Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes im Urtheile sind wenig oder gar nicht vorgekommen. Uebrigens wird in den hiesigen Urtheilen wegen des Sachverhalts gewöhnlich nur Bezug genommen auf die schriftlichen Parteianträge und das Sitzungsprotocoll." (1855. Hagemann.)

X. „Die besonders sorgfältige Berücksichtigung, welche das Generalrescript dem Grundsatze der Unmittelbarkeit zuwendet, hat mich veranlaßt, die beiden ältesten Mitglieder des großen Senats zu schriftlicher Darlegung ihrer Ansicht über diesen Punct aufzufordern. Dieselbe ist aus den im hiesigen Gerichte gesammelten Erfahrungen hervorgegangen und in den beiden Anlagen enthalten. Beide sprechen sich auf das Entschiedenste für den Grundsatz der Mündlichkeit und zwar in dem ganzen Umfange, wie ihn die bürgerliche Proceßordnung angenommen hat, namentlich auch mit der Bestimmung des §. 101 aus; und auch ich kann mich diesem, nach Maßgabe meiner eigenen Erfahrungen, nur in aller Maße anschließen. Daß die Mündlichkeit die Regel sei, von welcher nur unter ungewöhnlichen Umständen eine Ausnahme mit schriftlichem Verfahren

und mündlicher Schlußverhandlung (§. 460 seq.) zugelassen werde, muß ich für sehr wichtig und zuträglich halten. — Die Erfahrung lehrt, daß nur in seltenen Fällen das mündliche Verfahren nicht ausreicht, die thatsächlichen Verhältnisse des Rechtsstreits klar zu stellen. In der Verwickelung der thatsächlichen Verhältnisse und in der Schwierigkeit, das erforderliche Licht in dieselben zu bringen, liegt kein Grund zur Ausschließung des mündlichen und Einleitung des schriftlichen Verfahrens: erfahrungsmäßig ist jenes weit mehr geeignet, als dieses, die thatsächlichen Verwickelungen zu durchdringen, das Verwirrte zu ordnen und zur Durchsichtigkeit für den Richter zu bringen. Das richterliche Fragerecht, die Hinweisung der Anwälte durch den Vorsitzenden auf Dunkelheiten und Widersprüche, oder auf das nicht Zusammenstimmende, anscheinend Unrichtige oder Lückenhafte in ihren Vorträgen, die Hervorhebung eines einzelnen, unklar gebliebenen Punctes und die unmittelbar auf einander folgende Vernehmung der beiderseitigen Anwälte über denselben, führt zu jenem Resultate ungleich sicherer und rascher, als der schriftliche Vortrag der Sachführer. Die mangelhafte Auffassung der Thatsachen durch die Sachführer, oder die nicht absichtslose Dunkelhaltung, Verwirrung oder Zurückhaltung des Thatsächlichen findet in dem schriftlichen Verfahren nicht jene eindringende Correctur durch den Vorsitzenden, und pflegt sich daher unbeirrt, bequem und leicht durch die schriftlichen Vorträge durchzuziehen. Die mündliche Schlußverhandlung, die in abstracto zur Beseitigung dieser Mängel geeignet erscheinen möchte (§. 473), wird in Wirklichkeit meistens keine genügende Abhülfe gewähren. Der Umfang des vorliegenden schriftlichen Materials erschwert für den Vorsitzenden die Uebersichtlichkeit in der Termin-Verhandlung, und die Anwälte pflegen dieselbe, abgesehen etwa von einer Rechtsdeduction, zu welcher die Sache Veranlassung geben möchte, nur als eine Form zu behandeln, die sie für ziemlich überflüssig halten, so daß sie im Thatsächlichen meistens unvorbereitet erscheinen, auch dem Vortrage des Referenten große Aufmerksamkeit nicht widmen. Sie verlassen sich darauf, daß der Inhalt der Schriftsätze die entscheidende Grundlage bildet, die nöthigenfalls in der höheren Instanz sich geltend machen läßt. Die etwa ergehenden Fragen finden häufig eine Beantwortung durch Nichtwissen oder durch Beziehungen auf den Inhalt der Schriftsätze. Die mündliche Schlußverhandlung gewährt dabei in der That nur

sehr geringen Nutzen, während sie den Proceß erheblich verzögert und vertheuert.

Das schriftliche Verfahren ist gleichwohl in einzelnen Fällen ein unentbehrliches. Es sind dies solche Fälle, in denen die Schwierigkeit nicht in einer besonderen Verwickelung des Thatsächlichen, sondern in der großen Masse desselben, in der Häufung verschiedener Thatsachen liegt. Fälle, in denen das Gedächtniß der Richter, auch mit Hülfe von in der mündlichen Verhandlung zu machenden schriftlichen Notizen, nicht ausreicht, die Menge der Thatsachen festzuhalten, in denen daher eine sichere Grundlage für die Entscheidung nur durch Schriftsätze gewonnen werden kann. Diese Nothwendigkeit des schriftlichen Vorverfahrens tritt in der Regel bei Rechnungs-Processen ein, in welchen über eine größere Anzahl von Monitis zu entscheiden ist, bei Processen über Bau-Ausführungen, wenn den Ansprüchen des Bau-Unternehmers oder der Werkmeister Einwendungen aus dem Vorhandensein behaupteter zahlreicher Baumängel entgegengesetzt werden, aber auch, abgesehen von Processen dieser Art, in der Beweis-Instanz, wenn das Beweismaterial in einer großen Menge von Urkunden, besonders solcher von schwieriger Auslegung, oder voluminösen älteren Proceßacten besteht, aus welchen nicht die Entscheidungen, sondern im Wege der Combination des Inhalts schriftlicher Verhandlungen zu gewinnende Resultate für die Beweisführung benutzt werden sollen.

Für Fälle von dieser und ähnlicher Beschaffenheit ist das schriftliche Verfahren eine unabweisliche Nothwendigkeit; die mündliche Schlußverhandlung sinkt dabei aber häufig nur zur Form hinab, und selbst der mündliche Vortrag des Referenten erhebt sich in seiner Bedeutung wenig über diese, da das Richterpersonal auf Grund dieses in der öffentlichen Sitzung gehaltenen Vortrages sofort zu entscheiden nicht im Stande ist, vielmehr es noch eines wiederholten Vortrages im Deliberations-Zimmer bedarf, auf welchen, unter Trennung der einzelnen zur Entscheidung zu bringenden Fragen im Vortrage, wie der daran anknüpfenden Berathung, die Beschlüsse des Gerichts erfolgen können.

In Uebereinstimmung mit dem Obigen hat sich denn auch die praktische Anwendung des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung bei dem hiesigen Gerichte gestaltet. Während man anfangs diesem Verfahren günstiger war, und dasselbe öfter

zuließ, ist man später, nachdem die gehegten Erwartungen unbefriedigt geblieben waren, davon zurückgekommen, und es wird jetzt nur in sehr seltenen Fällen noch angewandt, nur in Fällen von solcher Beschaffenheit, wie oben von mir besonders bezeichnet sind.

Es ergiebt sich aus dem Vorstehenden als Resultat von selbst die Beantwortung der in dem General-Rescripte aufgestellten Fragen:

Nach den Erfahrungen des hiesigen Gerichts kann die Ausdehnung der Ausnahme, des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung, im Wege positiver Bestimmungen für räthlich nicht erachtet werden, noch weniger die Hinstellung dieser Ausnahme als Regel, womit der beste Theil des neuen Verfahrens verloren gehen würde.

Das mündliche Verfahren ist ungleich geeigneter, als das schriftliche, die Raschheit der Procedur ohne Gefährdung der Gründlichkeit des Urtheils zu befördern, die Chicanen von der Proceßführung fern zu halten, zur Feststellung der relevanten thatsächlichen Verhältnisse zu gelangen, mangelhafte Substantiirungen zu verbessern, und die hieraus hervorgehenden günstigen Folgen für die Entscheidungen herbeizuführen.

Auch die Beibehaltung des Grundsatzes des §. 101 empfiehlt sich, daß die mündliche Verhandlung die entscheidende Grundlage bilde, selbst da, wo sie von dem Inhalte der vorbereitenden schriftlichen Anträge abweicht. Entzieht man der mündlichen Verhandlung diese entscheidende Bedeutung, so concentrirt sich nicht mehr in ihr das ganze Interesse der Parteien und ihrer Anwälte, die mündliche Procedur verliert den größten Theil ihrer Wichtigkeit, sie wird bald mit Schlaffheit von den Anwälten behandelt werden, und eine ähnliche Wirkung wird sich auch bei dem Richterpersonale äußern, welches sicher ist, in den Schriften alles Relevante zu finden. Es würden insoweit die nachtheiligen Folgen des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung nicht ausbleiben, ohne damit jedoch verkennen zu wollen, daß es im Uebrigen noch einigen Vorzug vor diesem behalten würde. Der gegen die Beibehaltung des Grundsatzes des §. 101 wohl angeführte Grund der Schwierigkeit, die Abweichungen bei der mündlichen Verhandlung für das Gericht zu fixiren, ist kein überwiegender Gegengrund. Die Schwierigkeit der Fixirung der Abweichungen ist in der That nicht groß. Wenn nur der Vorsitzende mit gehöriger Vorbereitung in die Sitzung geht

und den Vorträgen mit Aufmerksamkeit und Vergleichung folgt, so lassen die Abweichungen mit Leichtigkeit sich fixiren, sei es, daß der Vorsitzende die sofortige Protocollirung der Abweichung verfügt, oder daß derselbe bei minder Wesentlichem sich darüber nur eine kurze Notiz macht, und nach Beendigung der Verhandlungen durch Rücksprache mit dem Protocollführer die Aufnahme in das Protocoll veranlaßt, wie hier zu geschehen pflegt, namentlich in der Regel da, wo nicht sowohl eine eigentliche Abweichung, als vielmehr nur eine weitere Erläuterung, oder genauere Feststellung im Thatsächlichen erfolgt ist. . . . . .

Daß in das Urtheil wirklich ein Thatbestand aufgenommen werde, namentlich als Grundlage für die Berufungs-Instanz in das Urtheil erster Instanz, daß also die Bestimmung des §. 356 befolgt werde, muß ich bei der Wichtigkeit solcher Fixirung des Thatsächlichen voraussetzen.

Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes im Urtheile sind hier höchst selten vorgekommen, meiner Erinnerung nach nur vier oder fünf Mal in den verlaufenen 2½ Jahren, dieselben wurden theils begründet befunden, theils unbegründet. Die Seltenheit solcher Anträge liefert den Beweis, daß die Fixirung des Thatsächlichen hier mit Sicherheit erreicht ist. Im ältern schriftlichen Verfahren würden bei gleich großer Anzahl von Urtheilen, ohne Zweifel der Beschwerden über unrichtige Auffassung von Thatsachen im Urtheile ungleich mehrere gewesen sein.“ (1855.)

Xa. „Aus der Zeit meiner Thätigkeit im großen Senate (seit Michaelis 1853) liegt eine Reihe solcher Beschlüsse — auf schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung — vor. Ich schätze die Zahl der schriftlich verhandelten Sachen auf etwa 8—10. Im kleinen Senate sind mir während meiner einjährigen Mitwirkung nur 1 oder 2 Fälle dieser Art vorgekommen. Die Beschlüsse des Gerichts sind ni fallor, stets auf Antrag, nie ex officio gefaßt; anfangs ging man ohne Bedenken auf den Wunsch der Parteien ein, auch später ist ein Abschlag nicht erfolgt, weil man den motivirten Gesuchen der Parteien, so lange das schriftliche Verfahren besteht, nicht entgegen treten wollte, doch erhoben sich wesentliche, auf Erfahrung gestützte Zweifel an der Zuträglichkeit dieser Procedur.

Ich werde diese Zweifel im Folgenden durch Berührung der Mängel, die sich herausgestellt haben, rechtfertigen und den Nachweis versuchen, daß eine richtige Handhabung des mündlichen Verfahrens alle jene Fälle deckt, für welche man das schriftliche bestimmt hat.

Es ist der Zeitverlust zur Sprache gekommen, welchen der gemessene Schriftenwechsel und die Erleichterung des Fristgewinnes (§. 471) hervorbringen muß. Ich würde hierauf nicht allzuviel Gewicht legen, weil einer Proceß-Verschleppung noch immer hinreichende Abwehr entgegensteht, dagegen:

1) vermisse ich die Bürgschaft für einen wahren gesunden Thatbestand. Fest und sicher ist allerdings, was in den Schriften niedergelegt ist. Der erkennende Richter wird mit Bequemlichkeit aus dem vor ihm liegenden, durch das Auge, den zuverlässigsten Sinn, aufzunehmenden Material das factum zusammenstellen und auf dies factum sodann die Rechtsbegriffe anwenden. Die Parteien haben sich nicht zu beschweren und der Richter ist jeder Verantwortlichkeit baar. Dagegen haben wir erlebt, daß diesen Thatbeständen durch schwankende Ausdrucksweise, durch Omission von Zwischengliedern, durch ungenaue Einlassungen Uebelstände anhingen, die den Rechtsspruch zwar nicht wesentlich erschweren konnten, wohl aber dem materiellen Rechte Eintrag thaten. Zuletzt hat sich mir diese Wahrnehmung auf das lebhafteste entgegen gedrängt in causa . . . ., wo ein ganzer Wust von Beweis-Auflagen hätte vermieden werden können, wenn die instruirende Einwirkung des Richters bewegliches und nicht-erstarrtes Material vor sich gehabt hätte. Die Befugniß des Richtercommissairs und des Gerichts, behuf Aufklärung des Sachverhältnisses Fragen vorzulegen, kann bei Gefügigkeit der Parteien und ihrer Anwälte Abhülfe gewähren. Ist aber Leidenschaft im Spiele, so wird sich die betreffende Partei ihre in den Schriften begründeten Einreden rc. nicht nehmen lassen, sondern sich auf den Schlußsatz des §. 473 berufen, der das Fragerecht so ziemlich paralysirt. Wenn daher das schriftliche Verfahren den theoretischen Vortheil hat, die Stellung des Richters reiner zu erhalten, und einen sicheren Thatbestand zu gewähren, so wird die wahre Sachlage dagegen besser durch das mündliche Instructions-Verfahren zu Tage gehoben. Es versteht sich, daß im mündlichen Verfahren das äußerste Bestreben

dahin gerichtet sein muß, den Thatbestand zu fixiren, worauf nunmehr zu kommen ist.

Die Ausdehnung und Verwickelung des Stoffs, im mündlichen Verfahren anscheinend schwer zu bewältigen, hat den Gesetzgeber bewogen, für solche Fälle die Schriftlichkeit zuzulassen. Man würde sich allerdings eines gesunden Thatbestandes nicht zu rühmen haben, wenn im mündlichen Verfahren die Zeit und die aufnehmenden Organe sich insufficient erwiesen, um sich des Materials zu bemächtigen und einen zuverlässigen Thatbestand herzustellen.

.....Soll nun aber das mündliche Verfahren in Beziehung auf den Thatbestand seine Pflicht in aller Maße erfüllen, so muß — und das halte ich überhaupt für eine der obersten Richterpflichten im gegenwärtigen Verfahren — der schriftliche Thatbestand vor den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses nie fehlen. Ausnahmen haben wir nur zugelassen bei ganz einfachen und ganz eiligen Sachen oder, wo es sich nur um Proceßgeschichte handelte, sonst aber den Grundsatz mit solcher Strenge durchgeführt, daß, wenn es in der Verhandlungs-Instanz versäumt war, der Thatbestand in der Beweis-Instanz gegeben wurde, daß wenn der Richter erster Instanz sich dessen enthoben hatte, wir in der Berufungs-Instanz den Mangel ergänzten. Wird die Regel, daß ein schriftlicher Thatbestand zu geben sei, zur Ausnahme gemacht, wird der Thatbestand lax bearbeitet, so ist meines Erachtens dem mündlichen Verfahren ein Bein gestellt. Denn gerade die Elasticität und Beweglichkeit desselben, die sich dem Stoffe in den verschiedensten Proceßlagen geschmeidig anpaßt, und das materielle Recht wahrt, macht es nothwendig, daß, wenn die Verhandlung in freiester Entfaltung stattgefunden hat, nunmehr zu einer genauen Gestaltung und Ordnung des Materials geschritten werde, worin sich die Bewegung abschließt, die Stellung der Parteien und die Lage des Falls fixirt wird.

Der Thatbestand ist nothwendig, um der Zerstreutheit des Stoffs in den vorbereitenden Anträgen, im Protokolle und im Gedächtnisse der Richter ein Ende zu machen, um den Nachtheilen vorzubeugen, welche aus der unvermeidlichen Unvollkommenheit der Protokollführung, aus etwaiger Unsicherheit der Auffassung, aus Vergeßlichkeit entspringt. Er faßt alles zusammen und macht durch

eine vollständige Darstellung alle bis dahin fungirenden sichtbaren und unsichtbaren Träger des Proceßinhalts überflüssig.

Der Thatbestand kann nur dann mit Sicherheit aufgestellt werden, wenn sofort nach der Sitzung, wie dies bei uns zu geschehen pflegt, durch Umfrage im Collegio die Verschiedenheit der Auffassung ausgeglichen wird. Bleiben Zweifel, so sind dieselben sofort durch Fragstellung an die Parteien erledigt. Daher sind letztere regelmäßig nicht eher entlassen, als bis das Gericht unter sich das factum constatirt hatte. Letzteres muß aber unter dem frischen Eindruck der Verhandlung geschehen, wenn die Thatsachen Leben haben und nicht in der Erinnerung gewelkt sind. Dann ist der wesentliche Vorzug der Unmittelbarkeit gewonnen, und es kommt wenig darauf an, ob die Anwendung des Rechts, die Beschlußfassung ebenfalls in continenti oder einige Tage später geschieht. Vielmehr gewährt der Aufschub — namentlich in dem Verhältnisse zu dem alten Verfahren — den außerordentlichen Vortheil, daß sich nunmehr sämmtliche Mitglieder zur Erledigung der durch den Thatbestand hervorgetretenen Rechtsfragen selbstständig vorbereiten, und ohne die Gefahr der Ueberraschung mit dem Apparate ihres Wissens und ihrer Bücher zu Werke gehen können. Statt eines präparirten Referenten, dem es mit Talent leicht gelingt, jüngere und schwächere Mitglieder des Gerichts durch seine Brille schauen zu lassen, findet man dann ein mit factum und jus wohl gerüstetes Collegium vor, dem nicht allein kein Mittel des früheren Geschäftsganges zu einer gründlichen Beurtheilung abgeht, welches vielmehr seiner Aufgabe besser, als ein Gericht alten Styls gewachsen sein muß.

Die schriftliche Bearbeitung des Thatbestandes, der Act selbst, so lästig und langweilig er in vielen Fällen ist, gewährt auch dem Referenten die beste Garantie der erschöpfenden und gründlichen Beurtheilung. Ich provocire auf die Erfahrung jedes Richters, ob nicht oft durch die Ordnung und Reinigung des facti die ursprüngliche Auffassung der Rechtslage emendirt und modificirt wird. Ist diese Arbeit zurückgelegt, so ist in der Regel die Befruchtung der Thatsachen mit der Rechtsidee gleichzeitig vollzogen, und der Referent hat sein Erkenntniß fertig, welches entstanden ist in unmittelbarster Beziehung zu dem facto, indem der Bearbeitung dieses der Referent seine ganze Application zu widmen hatte. Dadurch erhält

er sich am besten frei von dem gefährlichen Herausgreifen einzelner Momente, die beim Blättern in den Acten concurriren und zu interessanten Betrachtungen fortreißen, während das Ganze und die Stellung des einzelnen Umstandes zu demselben sich verdunkelt.

Wird in weitschichtigen und verwickelten Processen das mündliche Verfahren in solcher Art gehandhabt, wird namentlich aller Fleiß auf den Thatbestand verwandt, so dürfte das schriftliche Verfahren zu entbehren sein. Vielleicht empfiehlt es sich, in besonders complicirten Fällen, um den Spruch auf sicherer Basis errichten zu können, den schriftlich bearbeiteten Thatbestand zuvor in besonderer Verhandlung durch die Parteien anerkennen zu lassen.

Unsere Thatbestände haben nur in einigen wenigen Fällen Anfechtung zu erfahren gehabt. Daß ein Bestandtheil angegriffen wäre, der wesentlichen Einfluß auf die Entscheidung geäußert, ist mir nicht vorgekommen.

2) Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Mündlichkeit die beste Garantie gegen Proceßchicanen bietet. Diese Proceduren haben ihren Sitz wesentlich in der unredlichen Darstellung der Thatsachen und in der unredlichen Art, Unvorsichtigkeiten des Gegners zu benutzen. Der mündliche Vortrag ist die Probe für die Sachgemäßheit der schriftlichen Darstellung, er treibt zur Purification der Thatsachen, zur Erweiterung und resp. Reduction derselben auf ihre natürliche gesunde Gestalt, und entfernt die Unklarheiten, an welche sich die Chicane haftet. Hier auch ist der leitende Richter in der Lage, dem noch flüssigen Material zur rechten Form zu helfen und den übeln Willen zu paralysiren. Was dagegen im schriftlichen Verfahren Buchstaben-Gestalt gewonnen hat, ist eisern. Die Thatsachen kommen in der Schlußverhandlung nicht alle, nicht ganz, sondern nur in der Form von Bezugnahmen so weit zur Sprache, als Rechtsdeductionen daran geknüpft werden sollen. Es fehlt an einer officiellen Gelegenheit, die Machinationen zu entlarven, nicht minder, wie an der Gewalt.

Uebrigens müssen wir es dankbar erkennen, daß in dem Kreise unserer Anwaltschaft Erscheinungen solcher Art zu den äußersten Seltenheiten gehören. Man vergleiche indessen die Advocatenschaft zu . . . vor 1852 mit der jetzigen, um sich zu überzeugen, welche aussondernde Kraft das neue Verfahren bewährt hat, um die Un-

fähigkeit, die am geneigtesten ist, sich mit unrechten Mitteln zu helfen, vom Platze zu entfernen.

3) Das schriftliche Verfahren der B. P. O. ist rein schriftlich. Die mündliche Schlußverhandlung würde von Bedeutung sein können, wenn der richterlichen Instruction mittelst Fragestellung an die Parteien durch das Princip ein weiterer Spielraum gelassen wäre. Ich kann nicht dafür halten, daß auf diesem Wege etwas Wesentliches zu erreichen wäre, wenn partes, gestützt auf die Schrift, sich sträuben und herausgefragten Modificationen und Interpretationen, soweit sie vom Buchstaben abweichen, sich nicht fügen wollen. Wird aber dies Moment als unerheblich bei Seite gelegt, so ist die mündliche Schluß-Verhandlung ein äußerst unerquicklicher, im Verhältnisse zu dem Zeitaufwande wenig Nutzen bringender Act. Für Parteien und Richter fehlt es am treibenden Interesse. Die Berichterstattung ist ein schlechter Ersatz für den lebendigen Parteivortrag. Die Parteien schenken dem Vortrage wenig Aufmerksamkeit, weil sie ihrer Schriften sicher sind und Ungenauigkeiten der Berichterstattung ihnen keine Gefahr drohen. Die Richter haben eine Wiederholung des Referats im Berathungszimmer zu gewärtigen und sind geneigt, den vergeblichen Versuch, eine Masse Materials zu fassen, aufzugeben. Es wird von ihnen gegenwärtig kein votum gefordert, demnächst erhalten sie den Stoff in passenden verdaulichen Abschnitten. Die Rücksicht auf die folgenden Rechtsdeductionen ist auch kein wesentliches compelle; man ist geneigt, diese ganz zu schenken. Der Fehler, der alle diese menschlichen Schwächen zum Vorschein bringt, ist aber der, daß durch die gezogene Scheidelinie zwischen der thatsächlichen Darstellung und der Anknüpfung des Rechts dem Organismus des Processes der Lebensnerv abgeschnitten ist. Weil factum und Recht einig und unzertrennbar verbunden sind, weil sie sich gegenseitig beleben, deshalb sind sie beide todt, wenn man sie dennoch auseinanderreißt.

Wir betreten den Saal mit dem drückenden Gefühle, daß eine leere Form zu vollziehen ist, wenn eine Schlußverhandlung nach schriftlichem Verfahren auf der Tagesordnung steht, und wenn der Dilapitations-Proceß vorüber ist, wenn der Referent vergeblich bemüht gewesen ist, reines factum vorzulegen, partes vergeblich versucht haben, sich auf die Rechtsdeduction einzuschränken, wenn

ein seiner Masse wegen unfaßbares, durch die Zerreißung der Rechtsgestalt interessenloses und todtes Proceßwesen vorübergeführt ist, wenn alle Betheiligten der Langeweile genug genossen haben, zieht sich das Gericht zurück, um vom Schauspiel zu der ernsten Bearbeitung der Sache überzugehen. Die Begriffe Unmittelbarkeit und Mündlichkeit haben unter solchen Verhältnissen nur eine schattenhafte Existenz, und es dürfte die erste Pflicht der Gesetzgebung sein, mit Herstellung des schriftlichen Verfahrens diesem Scheinleben, das Zeit und Geld kostet, ein Ende zu machen." (1855.)

XI. „1. Das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung kann in den sehr seltenen Fällen, wo eine große Menge einzelner Puncte vorkommt, nicht gut entbehrt werden, obgleich in den meisten Fällen, in welchen es jetzt Statt findet, auch durch das schriftliche Vorverfahren der beabsichtigte Zweck zu erreichen sein wird. Es hat nur den Vorzug vor dem mündlichen Verfahren, daß die sämmtlichen Thatsachen, unter deren Berücksichtigung das Erkenntniß erfolgen soll, schriftlich fixirt sind, während dieses bei dem mündlichen Verfahren nicht immer der Fall ist. Dieser Verzug ist indeß praktisch von keiner großen Bedeutung, denn es hält, falls die schriftlichen Voranträge nicht gar zu schlecht sind, nicht schwer, dafür zu sorgen, daß die Abweichungen des mündlichen Vortrags von denselben und die in der mündlichen Verhandlung vorgekommenen wichtigeren Zusätze im Protocolle niedergeschrieben werden, während es dem Präsidenten und den Richtern, namentlich dem Referenten füglich überlassen werden kann, die unbedeutenderen Zusätze sich zu notiren. Abgesehen von diesem Vorzuge steht es weit hinter dem mündlichen Verfahren zurück. Dadurch, daß bei dem mündlichen Verfahren die Sache vollständig verhandelt und nicht bloß eine übersichtliche Darstellung des Standes der Sache von dem Berichtserstatter vorgetragen wird, dadurch, daß es vermittelst der Vorträge der Gegenpartei und durch das richterliche Fragerecht möglich ist, eine größere Klarheit der Streitverhältnisse und namentlich eine genauere Substantiirung der relevanten thatsächlichen Verhältnisse herbeizuführen und dadurch, daß neue Thatsachen, deren Vorbringung aus Irrthum oder Mißverständniß der gegnerischen Vorträge nicht für nothwendig gehalten wurde, noch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden können, ist sehr dafür gesorgt, daß die

Parteien alles Sachdienliche auch wirklich vortragen, und daß die Richter die Parteien richtig verstehen. Eine Menge von Abweisungen der Klagen in angebrachter Maße, die sonst zu häufigen Streitigkeiten darüber, was die Parteien mit ihren Schriftsätzen eigentlich haben sagen wollen, und eine große Menge von Beweisinterlocuten fallen dadurch weg. Manche Einrede oder Replik, die anfangs nicht gehörig substantiirt war, aber in Folge des in der mündlichen Verhandlung Vorgekommenen in derselben gehörig substantiirt wird, kommt jetzt zur Geltung und verhindert, daß nicht — wie solches im schriftlichen Verfahren nicht zu vermeiden sein würde — das materielle Recht durch eine schlechte Instruction des Anwalts, oder durch eine mangelhafte Proceßführung desselben gekränkt wird.

Diese Vortheile sind sehr viel größer, als die, welche das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung gewährt. Ich bin daher der Meinung, daß das mündliche Verfahren eine größere Gewähr für die Gründlichkeit des Urtheils, besonders aber dafür darbietet, daß das Urtheil dem materiellen Rechte entspricht.

Uebrigens ist das mündliche Verfahren sehr viel rascher, als das schriftliche mit mündlicher Schlußverhandlung und geeigneter, eine redliche, von Proceßchicanen freie, Proceßführung herbeizuführen, da ein Anwalt sich eher scheuen wird, in einer mündlichen Verhandlung eine chicaneuse Proceßführung anzuwenden, als im schriftlichen Verfahren.

2. Die völlige Uebereinstimmung des mündlichen und schriftlichen Vorbringens ist in vielen Sachen ohne beträchtlichen Zeitverlust nicht zu erlangen. Nicht leicht kommt eine Sache im hiesigen kleinen Senate vor, in der nicht Abweichungen, und häufig sehr bedeutende, von den schriftlichen Voranträgen in der mündlichen Verhandlung oder Zusätze zu dem schriftlichen Vorbringen vorgetragen werden. Die wichtigeren dieser Abweichungen und Zusätze werden im Protocolle bemerkt, die unwichtigeren nicht. Sie werden von dem Vorsitzenden und einem oder beiden der Richter notirt und dann in den Thatbestand des Erkenntnisses aufgenommen. Auf diese Weise sind wir stets im Stande gewesen, die thatsächlichen Behauptungen der Parteien richtig aufzufassen, und so lange, wie ich dem kleinen Senate präsidire, ist überall kein Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes — abgesehen von einigen wenigen Anträgen auf Berichtigung einiger Schreibfehler — vorgekommen.

Ich glaube, daß das von uns beobachtete Verfahren vollkommen ausreicht, um die richtige Auffassung des thatsächlichen Vorbringens der Parteien zu sichern." (1855.)

XII. „Die bürgerliche Proceßordnung beruht auf dem Principe der Mündlichkeit resp. der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor den zur Entscheidung berufenen Richtern. Deshalb soll die Entscheidung nur gebauet werden auf die mündliche Verhandlung. Die schriftlichen Anträge (mit Ausnahme der Klage und der Berufungsanträge, letztere rücksichtlich der Beschwerden) haben nur den Zweck die mündliche Verhandlung vorzubereiten, d. h. die Parteien und Richter von dem Gegenstande der künftigen mündlichen Verhandlung im allgemeinen in Kenntniß zu setzen. Mit der mündlichen Verhandlung verlieren sie allen Werth und könnten an sich unbedenklich cassirt werden.

Daneben soll das Ergebniß der mündlichen Verhandlung erster Instanz behuf der Berufungsinstanz schriftlich fixirt werden. Dieses geschieht durch die in das Urtheil aufzunehmenden species facti (§. 356 Nr. 4). In letzter Rücksicht ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der Schriftsätze und zu Protocoll gegebenen Erklärungen gestattet. Durch die Bezugnahme im Urtheile auf den Inhalt der Schriftsätze und nur durch diese erhalten dieselben für die zweite Instanz eine rechtliche Bedeutung, müssen aber dann im Verhandlungstermine in vollständige Congruenz mit dem mündlichen Vortrage gebracht werden; während wenn die qu. Bezugnahme nicht erfolgt, die Congruenz des mündlichen und schriftlichen Vorbringens ohne alle Bedeutung ist, indem alsdann die Schriftsätze für die zweite Instanz überall keine Grundlage abgeben können.

Beim hiesigen Obergerichte wird in der Regel der vollständige Thatbestand in das Urtheil eingerückt, dagegen die Anwendung des §. 102 auf das geringste Maaß beschränkt, d. h. nur Abänderungen rücksichtlich der schriftlich vorgebrachten Thatsachen und Anträge werden zu Protocoll fixirt. Alle in der mündlichen Verhandlung neu vorgebrachte Thatsachen, Einreden, Repliken zc. werden erst durch das Urtheil fixirt.

Dieses Verfahren befördert die Raschheit und Klarheit der mündlichen Verhandlung und entspricht sicher dem Principe der Proceßordnung; denn wenn alles neue Vorbringen zu Protocoll

genommen werden sollte, so würde statt mündlicher Verhandlung eine Instruction zu Protocoll, also im wesentlichen schriftliches Verfahren eintreten. Zu Unzuträglichkeiten führt dieses Verhalten nicht, wie schon daraus hervorgeht, daß seit October 1852 höchstens 4 bis 5 Mal eine Berichtigung des Thatbestandes beantragt, und wenn ich nicht irre, nur 2 Mal demselben deferirt worden. Dagegen wird jedes Erkenntniß, bevor es der Gerichtsschreiberei übergeben wird, in vollständiger Fassung dem Collegio nochmals vorgelegt und rücksichtlich des Thatbestandes und der Gründe geprüft. Die beiden Sachen, in welchen der Thatbestand rectificirt worden, waren ausnahmsweise wiederholter Prüfung nicht unterzogen.

Will man übrigens, wie ad III. 2 des Rescripts vom 29. Decbr. 1854 als möglich angedeutet, den Schriftsätzen den Vorrang vor dem mündlichen Vorbringen einräumen, so würde damit das Princip der bürgerlichen Proceßordnung gänzlich umgestoßen. Es würde statt dessen schriftliches Verfahren mit protocollarischer Nachinstruction eintreten, mit andern Worten im Wesentlichen das Verfahren der Preußischen Proceßordnung, wie es sich in Hannover gebildet, wieder eingeführt werden (schriftliches Verfahren bis zur Duplik mit fernerer protocollarischer Instruction, die alle nova zuläßt).

Dieses dürfte gewiß das unglücklichste Experiment sein; denn abgesehen davon, daß die Preußische Proceßordnung aller Orten gerichtet ist, würde man Zeit und Kräfte auf das Aeußerste verschwenden, wenn man einem Collegio zumuthen wollte, eine Instruction zu Protocoll zu führen. Auch würde in einem solchen Falle ohne vorgängiges Referat nicht erkannt werden können. Den mündlichen Vortrag hört jeder unmittelbar und kann darauf votiren. Wenn es sich aber darum handelt, was in den Schriftsätzen steht, und wenn dieses entscheiden soll, so muß zunächst der Inhalt der Schriftsätze durch Referat zur Kenntniß der Votanten gebracht werden. Hebt man den §. 101 auf, so führt man damit das Verfahren der §§. 460 und ff. als Regel ein, mit der Verschlechterung, daß die protocollarische Instruction statt vor einem Richtercommissair vor versammeltem Collegio angeordnet wird.

Das vorstehend angedeutete Verfahren, welches sich streng an das Princip der Proceßordnung hält, macht es möglich, die Processe

mit wunderbarer Raschheit zu fördern und mit vorhin nie gekannter Sicherheit zu entscheiden.

Ich . . . . bemerke nur noch, daß Abweisungen in angebrachter Maße wegen Dunkelheit resp. wegen mangelnder Substantiirung der Klage, welche früher so häufig waren, überall nicht weiter vorkommen können, wenn der Vorsitzende einigermaßen seine Schuldigkeit thut; den Fall natürlich ausgenommen, wo die Klage in facto so schlecht begründet sein möchte, daß durch die zu stellenden Fragen ein ganz neues, eine Klageänderung begründendes factum zu Tage käme. Die uneigentlich s. g. Abweisung angebrachter Maßen, wo die erhobene Klage pure abgewiesen wird, indeß eine andere Klage zur Erreichung desselben Zweckes bleibt, ist auch jetzt nicht zu vermeiden.

Es ist die Frage gestellt, ob es sich empfehlen werde, statt des mündlichen schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung (§. 460 ff.) als ausnahmslose oder weitgreifende Regel hinzustellen.

Zunächst bemerke ich, daß bis jetzt das Verfahren des §. 460 für 3 Sachen angeordnet worden und zwar für die Beweisinstanz, in Sachen, welche im ersten Verfahren nach dem alten Processe behandelt sind. Davon ist die eine eine Rechnungssache, in welcher über viele monita interloquirt worden, die zweite betrifft einen Markenproceß, in welchem eine derartige Menge von Beweismitteln, Urkunden, Zeugen ꝛc. gehäuft worden, daß es Zeitverschwendung gewesen wäre, mit der Beweisantretung das Collegium zu belästigen, und die dritte hat Forderungen und Eigenthumsansprüche zum Gegenstande, über welche seit etwa 30 Jahren die verschiedenartigsten Processe geführt, und ist in derselben jetzt ein gleichmäßiger Luxus mit Beweismitteln getrieben.

Für die erste Instanz wird übrigens, mit Ausnahme vom Monitur-Verfahren in Rechnungssachen, kaum ein Fall denkbar sein, wo der §. 460 als nothwendig sich darstellte, indem der §. 112 dem Vorsitzenden hinreichende Mittel gewährt, jede Sache der mündlichen Verhandlung anzupassen. Das Verfahren des §. 460 ist nichts anderes, wie der alte Proceß mit einer geringen unwesentlichen Ausschmückung. Das öffentliche Referat des Richters als Regel eingeführt bringt denselben in eine schiefe unhaltbare Stellung. Es stellt denselben, wie auch die Regierungsmotive zum §. 99 der Proceßordnung von 1847 mit dürren Worten aussprechen, unter

die Controle der Anwälte, während beim mündlichen Verfahren die Anwälte richtig unter der Controle der Richter stehen.

Während bei dem jetzigen Verfahren im Gerichte überall keine Rückstände sind und sein können, wird das regelmäßige Referat die Gerichte wieder in eine Menge von Rückständen bringen; denn bei einigem Geschäftsdrange kann es nicht fehlen, daß die Verhandlungstermine häufig von Gerichtswegen ausgesetzt werden, weil der Referent nicht fertig ist.

Bei dem qu. Verfahren geht der ganze Einfluß des Gerichts auf die Leitung des Processes, auf die Klarstellung des Thatbestandes verloren. Es geht verloren das Leben und die Frische der jetzigen Verhandlung. Namentlich in Beziehung auf das Fragerecht muß man sich keine Illusionen machen. Auf Grund der mündlichen Verhandlung ist es ein Leichtes, dasselbe genügend zu üben; auf Grund einer vielleicht langweiligen Relation wird es immer mehr verschwinden, zumal die zu beantwortenden Fragen vom jedesmaligen Referenten würden gestellt werden müssen. Eine vorgängige Relation des Richters drückt die spätere mündliche Verhandlung zu einer leeren Form herab. Dieses sieht man bei den Referaten, welche in der Beweisinstanz gehalten werden, welche freilich nicht zu vermeiden, aber sicher nicht auf das erste Verfahren auszudehnen sind.

Will man schriftliches Verfahren mit Referat, sei es als ausnahmslose oder als weitgreifende Regel, einführen, so kann die mündliche Schlußverhandlung unbedenklich abgeschafft werden, denn sie ist dann eine leere Form." (1855.)

XIII. „Das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung des Theil 4. der Proceßordnung ist nicht erkannt, auch nicht beantragt. Die wenigen Fälle, in welchen es zu Anfang eingeleitet worden, haben klar ergeben, daß mit demselben nicht von der Stelle zu kommen, daß es weiter nichts ist, wie der alte Proceß mit einem völlig überflüssigen Anhange mündlicher Rechtsausführung.

Noch weniger dürfte sich eine Abänderung dahin empfehlen, daß statt der mündlichen Verhandlung die schriftlichen Anträge und das Sitzungsprotocoll der Entscheidung zum Grunde zu legen, indem dieses zu einem Ablesen der Anträge, verbunden mit einer protocollarischen Instruction vor versammeltem Collegio führen würde.

Zur Vermeidung einer derartigen Zeit und Kräfte verschwendenden Protocollar-Instruction wird im hiesigen Gerichte (großen und Berufungs-Senate) die Vorschrift des §. 102 höchst selten zur Anwendung gebracht, vielmehr werden die in der mündlichen Verhandlung vorkommenden Abweichungen durch die species facti des Erkenntnisses festgestellt. Dieses Verfahren hat sich durch fünfjährige Erfahrung bewährt und ist auch im abgelaufenen Jahre nur ein Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes eingebracht, dieser aber zurückgewiesen." (1858.)

XIV. „Die Unmittelbarkeit der Verhandlungen nimmt

1) aus den vom Königlichen Justiz-Ministerium in zutreffendster Weise schon hervorgehobenen Rücksichten und als Mittel gegen chicaneuse Art der Proceßführung, ganz besonders aber auch deshalb unter den Vorzügen des neuen Verfahrens die erste Stelle ein, weil sie das Rechts- und Streitverhältniß, so viel thunlich, in die gleichzeitige äußere Erscheinung treten läßt und der belebende Einfluß, den sie danach und durch die Kraft des gesprochenen Wortes auf den Geist des Richters übt, eine bessere Gewähr für die Güte seines Urtheils bietet, als der papierne Niederschlag durch Monate und Jahre sich schleppender Parteierklärungen aus Juristenfedern und ihr Extract durch das Organ eines Referenten es vermochten. Langweilung des Geistes, wenn ich den Ausdruck mir gestatten darf, und ihre Folgen — bald Ermattung der Denkkraft, bald Zerstreuung der Gedanken und Confusion sind es, worin aufrichtige Richter und die meisten mit Recht, die gefährlichsten Klippen erblicken, an welchen die Richtigkeit ihres Votums scheitern kann. Sie begleiteten das alte Acten- und Relationswesen; die Unmittelbarkeit des Verfahrens ist meist geeignet, sie fern zu halten.

Das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung aber beeinträchtigt die Vortheile dieses Grundprincipes besonders in der so eben angedeuteten Beziehung auf das Wesentlichste. Nach meiner geringen Ansicht darf es daher nur als ein nothwendiges Uebel für Ausnahmsfälle betrachtet werden, dem die Gränzen seiner Zulässigkeit durch das Gesetz in einer dem praktischen Bedürfnisse völlig genügenden Weite gezogen sein möchten.

Mir ist die Zulassung desselben erst in Einem Falle zur In-

struction eines weitläuftigen Beweisverfahrens vorgekommen, die ihre Erledigung noch nicht gefunden hat.

Aber es scheint mir auch

2) die Bestimmung des Gesetzes auf gutem Grunde zu beruhen, wonach die — das ganze Streitverhältniß sowohl seinen thatsächlichen als rechtlichen Beziehungen nach umfassende — mündliche Verhandlung in thatsächlicher Beziehung als Grundlage für die richterliche Entscheidung selbst rücksichtlich derjenigen Puncte dienen soll, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten. (§. 101.)

Die rechtliche Ausführung beleuchtet das thatsächliche Vorbringen, berichtigt und ergänzt es oft implicite und es möchte daher nicht ganz unbedenklich erscheinen, zwischen jener und diesem so feste Schranken aufzurichten, wie es durch die Bestimmung geschehen würde, daß das in den schriftlichen Anträgen, bezw. im und zum Sitzungsprotocolle, mithin ohne Verbindung mit der rechtlichen Ausführung, niedergelegte Factum die Grundlage der Entscheidung bilden solle. Unter unserer Bestimmung der Proceßordnung ist die strenge Aussonderung des Thatsächlichen — ebenso, wie es nach dem älteren Verfahren der Fall war — erst in Verbindung mit seiner rechtlichen Würdigung Gegenstand der gerichtlichen Urtheilsfällung. Nach jener entgegenstehenden Vorschrift würde sie, davon losgetrennt, der Ein- und Umsicht der Parteien oder Anwälte, ihrer Ausdrucksfähigkeit, resp. der des Vorsitzenden oder des Protocollführers nach momentaner Auffassung und zwar zu einer Zeit anheimfallen, wo die Erheblichkeit im Einzelnen noch im Ungewissen liegt. Außerdem müßten die schriftlichen Voranträge — soll ihr Inhalt maßgebend sein — in öffentlicher Sitzung erst vorgelesen oder durch ein kaum weniger unerfreuliches Referat den damit unbekannten Richtern zur Kenntniß gebracht werden, und ihre Aufgabe würde erheblich erschwert und recht geisttödtend werden durch die Nothwendigkeit, den Inhalt der Voranträge, und dann wieder das während der mündlichen Verhandlung schriftlich festgestellte von dem übrigen thatsächlichen Vorbringen der Parteien so im Gedächtnisse von einander zu halten, daß Confusion vermieden werde." (1855.)

XV. „Das praktische Bedürfniß hat äußerst selten (nur in zwei Fällen) auf Zulassung des schriftlichen Verfahrens mit münd-

licher Schlußverhandlung geführt. Daß schon nach der Natur der hiezu geeigneten Rechtssachen ein rascher Gang desselben nicht erwartet werden darf, versteht sich von selbst. Ich bin aber nach dem, was oben über die Vorzüge des mündlichen Verfahrens gesagt ist, auch der Ueberzeugung, daß das Regelverfahren größere Gewähr für die Gründlichkeit gebe und geeigneter sei, eine redliche Proceßführung herbeizuführen und alle die Vortheile zu gewähren, deren bei dieser Gelegenheit das Generalrescript vom 29. December v. J. gedenkt.

Nach meiner unvorgreiflichen Ansicht wäre es die schlimmste Veränderung zum Schlechteren, wollte man das fragliche schriftliche Verfahren als ausnahmslose oder weitgreifende Regel hinstellen. Die mündliche Verhandlung der Parteien würde mehr und mehr sich beschränken oder nur unnöthige Wiederholungen darbieten, Zeit und Arbeitskräfte würden vergeudet werden, die Sache würde mehr und mehr in die Hände der Referenten allein gelangen, da kaum zu vermeiden wäre, daß die übrigen Richter sich mehr als wünschenswerth sein kann, auf ihn verließen und er sein Urtheil vor dem mündlichen Vortrage der Parteien fertig hätte. Ich finde in diesem Punkte keine Veränderung nöthig, würde vielmehr jede für verderblich halten.

2) Da jede Abweichung des mündlichen thatsächlichen Vorbringens von den dem Vorsitzenden vorliegenden schriftlichen Anträgen sofort bemerkt, auch von dem Gegner urgirt, und nach §. 102 der bürgerlichen Proceßordnung in das Protocoll aufgenommen wird, so ist durch die Vorschrift des §. 101 eine feste Basis für die richterliche Entscheidung gegeben, und die Hoffnung, daß durch die Bestimmung der bürgerlichen Proceßordnung Congruenz zwischen dem mündlichen und schriftlichen Vorbringen gesichert werde, soweit meine Erfahrung reicht, vollständig in Erfüllung gegangen.

Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes sind nur in sehr wenigen Fällen vorgekommen, und nur in einigen derselben begründet erkannt." (1855. Meyer.)

XVI. „Der lebendige Eindruck der mündlichen Verhandlungen hat in der Regel schon im ersten Termine zu einer vollständigen und klaren Auffassung der Streitverhältnisse geführt, so daß das Erkenntniß, beweisauflegend oder definitiv, darauf gestützt wer-

den konnte. Die schriftlichen Klag- oder Berufungsanträge und Gegenanträge dienen nur dazu, dem Gedächtnisse zu Hülfe zu kommen. Wesentliche Abweichungen, Berichtigungen oder Verbesserungen werden durch das Sitzungsprotocoll festgestellt. Für die weiteren Verhandlungen (Repliken, Dupliken) können einzelne schriftliche Notizen leicht aushelfen.

Ein schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung hat bis jetzt bei dem kleinen Senate überall nicht Statt gefunden und hat sich auch das Bedürfniß eines solchen schwerfälligen Verfahrens in keiner einzigen Sache herausgestellt. Vielmehr spricht die Erfahrung dafür, daß durch das regelmäßige mündliche Verfahren nach Verhandlung der schriftlichen Anträge und Gegenanträge eine erschöpfende Erörterung und klare Auffassung der Streitverhältnisse genügend herbeigeführt werden kann. Das richterliche Fragerecht hat sich allerdings als geeignet bewiesen, bestimmtere Erklärungen zu vermitteln, Auslassungen zu ergänzen oder etwaige Zweifel zu beseitigen. Auch sind einzelne Fälle vorgekommen, worin das Gericht, nachdem die Verhandlungen bereits geschlossen waren, aus dem Berathungszimmer in den Audienzsaal zurückgetreten ist, und eine Wiederaufnahme der Verhandlungen über zweifelhaft gebliebene Puncte veranlaßt hat, namentlich dann, wenn eine Ungewißheit oder verschiedene Auffassung über thatsächliches Vorbringen oder über ein Zugeständniß oder Ableugnen einer Thatsache obwaltete.

Die Vorschriften der §§. 101 und 102 der bürgerlichen Proceßordnung sind allerdings strenge beobachtet. Es ist nicht selten vorgekommen, daß eben durch Verhandlung der Gegenanträge eine Abänderung oder Modification der Klaganträge hervorgerufen ist, welche als Klagverbesserung bei der mündlichen Verhandlung vorgetragen, als solche zugelassen und alsdann durch das Sitzungsprotocoll festgestellt wurde. Auf gleiche Weise wird verfahren, wenn im Laufe der mündlichen Verhandlungen Geständnisse über einzelne Thatsachen abgelegt werden, welche in den schriftlichen Anträgen abgeleugnet waren, oder wenn von speciellen Anträgen Abstand genommen wird, welche in den schriftlichen Anträgen gestellt waren. Schwierigkeiten haben sich in dieser Beziehung nicht herausgestellt, und es ist nur einmal ein Fall vorgekommen, daß ein Antrag auf Berichtigung des durch das Urtheil festgestellten Thatbestandes ge-

stellt wurde, der überdem eine keineswegs erhebliche Bedeutung hatte und worauf auch späterhin kein Gewicht gelegt wurde. (1855.)

XVII. „Ich gehe zu dem Puncte über, der mir für die Anwendung des öffentlich und mündlichen Verfahrens von der größten Wichtigkeit zu sein scheint, nämlich zu der Frage, was ist von den mündlichen Verhandlungen aufzuzeichnen?

Schon oben habe ich bemerkt, daß ich allerdings bei der richterlichen Debatte über die zu treffende rechtliche Entscheidung eine schriftliche und vollständige Grundlage für durchaus erforderlich halte. Sollen dabei aus dem Gedächtnisse der Richter oder aus gemachten Notizen derselben die Thatsachen, welche in den schriftlichen Anträgen nicht enthalten sind, supplirt werden, so entsteht die größte Verwirrung und Weitläuftigkeit. Ebenso wenig kann man es dem Secretair, der regelmäßig die Acten nicht genau kennt, überlassen, was er aufzeichnen will. Ich habe daher die durch die Erfahrung vollständig bewährte Einrichtung getroffen, daß ich nach Beendigung des Vortrags einer Partei dem Secretair sage, was er niederschreiben soll. Da derselbe eine gute Auffassungsgabe besitzt, so geht diese Aufzeichnung in der Regel rasch von Statten. Nach beendigter Verhandlung lasse ich jedes Mal das Sitzungsprotocoll verlesen und fordere die Parteien auf, etwaige Erinnerungen oder Zusätze zu machen. Es versteht sich dabei von selbst, daß ich jede zur Verhandlung kommende Sache kenne und deren Acten gelesen habe; außerdem habe ich aber den von mir in jeder Sache bestellten Referenten ersucht, mir, falls ich etwas übersehen sollte, bei der Anweisung des Secretairs behülflich zu sein, welches auch dem §. 102 der bürgerlichen Proceßordnung gemäß ist. Auf diese, von mir gleich Anfangs als richtig anerkannte Weise habe ich es erreicht, daß seit dem 1. October 1852 nur etwa fünf Berichtigungsanträge eingegangen sind. Davon bezweckten aber zwei keine Berichtigung des Thatbestandes, sondern wollten Abänderungen des Urtheils bewirken, mußten also verworfen werden, ein Antrag kam gar nicht zur Verhandlung und auf die beiden anderen ist allerdings Berichtigung vorgenommen worden, aber in dem einen Falle lag nur ein Schreibfehler vor, in dem andern war ein Mißverständniß und resp. Schreibfehler im Sitzungsprotocolle der Grund der Berichtigung.

Diese Art, die Feststellung des Thatbestandes zu sichern, hat

in den meisten Fällen, selbst bei einiger Verwickelung des Falles, als völlig ausreichend sich erwiesen. Es wird, wie von selbst klar ist, aber auch hierunter vorausgesetzt werden müssen, daß der Vorsitzende stets und unablässig seine Pflicht thut." (1855.)

XVIII. „Die Fixirung des mündlichen Vorbringens durch das Sitzungs-Protocoll ist, wie ich hier wahrgenommen habe, von meinem hiesigen Vorgänger in ausgedehnterer Weise für nöthig erachtet, als es mir erforderlich scheint. Während ich regelmäßig nur dahin gesehen habe, daß die in wesentlichen thatsächlichen Puncten oder in den Anträgen (den petitis) vorkommenden Abweichungen von dem Inhalte der vorbereitenden Anträge in das — alsdann zu verlesende — Sitzungsprotocoll aufgenommen werden, ist hier beim ersten kleinen Senate das ganze thatsächliche Vorbringen, soweit es nicht schon in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten, zu Protocoll genommen und ist letzteres immer vorgelesen worden. Namentlich also ist der Replik- und Duplik-Vortrag in thatsächlicher Beziehung protocollirt worden. Ohne Zweifel kann das in einzelnen Fällen nützlich und angemessen sein, um bei verwickelten thatsächlichen Verhältnissen und unklaren Vorträgen größere Sicherheit über dasjenige, was vorgebracht ist, herbeizuführen. Für die große Mehrzahl der Sachen liegt dazu aber weder ein Bedürfniß vor, noch ist diese Procedur in sonstiger Beziehung ohne Bedenken.

Abgesehen davon, daß das Fixiren alles Thatsächlichen in scriptis dem Grundsatze der Mündlichkeit, wie dieser in unserer Proceßordnung für das obergerichtliche Verfahren durchgeführt ist, nicht entspricht, so ist jenes Protocolliren auch gar nicht anders auszuführen, als dadurch, daß der Vorsitzende das, was ins Protocoll genommen werden soll, dem Gerichtsschreiber dictirt. Der Gerichtsschreiber kann nicht beurtheilen, was relevant oder irrelevant ist; er wird regelmäßig nicht einmal wissen, ob eine mündlich vorgebrachte Behauptung schon in den schriftlichen Voranträgen enthalten ist oder nicht. Der Vorsitzende wird aber mit diesem Dictiren erst nach Beendigung der Parteivorträge beginnen können, und deshalb während dieser Vorträge über deren thatsächlichen Inhalt sich Notizen machen müssen. So ist es denn bisher auch hier geschehen. Nun geht aber mit diesem Dictiren, Niederschreiben und

Wiedervorlesen und den regelmäßig nicht ausbleibenden Berichtigungen und Zusätzen nicht allein sehr viele Zeit verloren, sondern, was schlimmer ist, Richter und Anwälte werden dadurch auf's Aeußerste ermüdet und abgespannt. Sie gewöhnen sich, rücksichtlich des thatsächlichen Vorbringens sich lediglich auf die schriftlichen Voranträge und den Inhalt des Sitzungsprotocolls zu verlassen, und es kann nicht ausbleiben, daß die Aufmerksamkeit auf die mündlichen Vorträge darunter leidet. Die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile wird dann zu einem rein formellen Acte, indem darin nur das wiederholt werden wird, was schon in den vorbereitenden Anträgen und im Sitzungsprotocolle sich niedergeschrieben findet.

Daß die Gefahren, denen man durch eine so ausgedehnte Protocollirung des thatsächlichen Vorbringens vorbeugen will, in der Wirklichkeit nicht vorhanden sind, darüber habe ich schon in meinem vorigjährigen Berichte mich geäußert. Ich kann dem noch hinzufügen, daß Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes im abgelaufenen Jahre bei dem von mir präsidirten kleinen Senate, wenn mich meine Erinnerung nicht trügt, gar nicht (oder doch nur in einem Falle) vorgekommen sind, obwohl ich in allen gewöhnlichen Fällen nur die wirklichen Abweichungen von dem Inhalte der vorbereitenden Anträge habe zu Protocoll nehmen und vorlesen lassen." (1856.)

XIX. „. . . In einem Puncte steht es — das mündliche Verfahren — aber nach meiner Ansicht im entschiedenen Vortheile, nämlich in der Klarstellung der factischen Verhältnisse und Beziehungen. Die mündliche Verhandlung ist unzweifelhaft am besten geeignet, den wahren Sachverhalt an das Licht zu bringen, zweifelhafte Redensarten und unsichere Andeutungen auf ihren Werth zu reduciren, anscheinende Widersprüche aufzuklären und bestimmte Erklärungen auf thatsächliche Behauptungen herbeizuführen. Wo die Parteien von Mund zu Mund einander gegenüber stehen, wo auch von Seiten des Gerichts jeden Augenblick näher nachgefragt werden kann, da ist ein solches Verkriechen hinter allgemeinen und unbestimmten Wendungen, wie man in den Schriften nicht selten es findet, — litterae non erubescunt — gar nicht durchzuführen. Auf der andern Seite führt die mündliche Verhandlung da, wo

eine zweifelhafte oder unvollständige Erklärung der Partei nur auf einer unklaren oder unrichtigen Ansicht über die rechtliche Bedeutung der in Frage stehenden Thatumstände beruht, auch am besten zur Erkenntniß des Relevanten und folgeweise zur bestimmten und genaueren Angabe. Zwar kann auch beim schriftlichen Verfahren in der mündlichen Schlußverhandlung zur Aufklärung der thatsächlichen Verhältnisse durch die richterliche Befragung der Parteien noch Vieles geschehen. Allein da hier die Schriftsätze in thatsächlicher Beziehung entscheidend sind, so entsteht bei jeder Verbesserung undeutlicher Angaben gar leicht Zweifel und Streit darüber, ob die nähere Substantiirung noch zulässig, oder ob sie, als neue Facta enthaltend, bereits von der Präclusion betroffen sei. Außerdem werden die Richter bei diesem Verfahren auch viel eher dahin kommen, bei dem Inhalte der Schriftsätze, die ja in thatsächlicher Beziehung die Grundlage sein sollen, sich zu beruhigen; sie werden um so mehr geneigt sein, auf deren Inhalt es ankommen zu lassen, als selbst der den Thatbestand vortragende Referent und noch mehr die beisitzenden Richter noch nicht wissen, ob die Zweifel, die sie in Betreff der Deutlichkeit oder Vollständigkeit einer Behauptung oder Erklärung etwa hegen, auch von den übrigen Richtern getheilt werden. Da tritt dann nicht gern Jemand mit Fragen hervor, und erst bei der Berathung des Urtheils zeigen sich dann die Nachtheile. — Bei dem mündlichen Verfahren, wo nicht die Schrift einen solchen Rückhalt gewährt, ist dagegen ein jeder Richter auf das allerdringendste veranlaßt, darüber klar zu werden, was die Parteien haben behaupten und zugestehen wollen, ob gelegentliche Aeußerungen eine selbstständige Bedeutung zum Angriffe oder zur Vertheidigung haben oder nur zur Colorirung anderer Behauptungen dienen sollen, ob in einer allgemeinen Behauptung ein specielles Moment nicht befaßt sein soll oder nicht u. s. w.

Anträge auf *Berichtigung des Thatbestandes* im Urtheile sind beim hiesigen Senate zwar verschiedentlich, jedoch im Ganzen nicht häufig vorgekommen. In der ganzen Zeit seit dem 1. October 1852 mögen 10 — 12 solcher Anträge gestellt und davon 2 — 3 für begründet erkannt sein.

Regelmäßig sind die *Abweichungen* der mündlichen Parteivorträge von dem schriftlichen Vorbringen durch das Sitzungsprotocoll festgestellt worden. Wo Anträge auf Berichtigung des

Thatbestandes im Urtheile vorgekommen sind, da haben diese auch weniger darin ihren Grund gehabt, daß der im Urtheile angegebene Thatbestand von dem schriftlichen Vorbringen bezw. von den Angaben des Protocolls abwich, als vielmehr darin, daß bei solchen Puncten, worüber eine Erklärung in scriptis gar nicht vorhanden war, der Thatbestand im Urtheile eine Unrichtigkeit oder Vollständigkeit enthalten sollte, namentlich also darin, daß der thatsächliche Grund einer Einrede oder Replik, welche im Urtheile als nicht bestritten angenommen war, beim mündlichen Vortrage in Abrede gestellt, oder noch eine Replik oder Duplik, welche das Urtheil nicht erwähnte, vorgebracht sein sollte u. s. w. Eine unrichtige Auffassung des Thatsächlichen ist bei solchen Puncten offenbar auch viel leichter möglich, als bei denjenigen Puncten, worüber bereits eine schriftliche Angabe vorliegt. Abweichungen des mündlichen Vortrages von der Schrift werden viel eher wahrgenommen — und dann werden sie auch an's Licht gezogen und festgestellt werden, wo aber gar nichts Schriftliches vorhanden ist, da wird ein Mißverständniß des einen oder andern Puncts, namentlich bei unklaren und ungeordneten Vorträgen, schwerer zu vermeiden sein. Gegen solche Mißverständnisse und die daraus hervorgehenden Unrichtigkeiten im Thatbestande des Urtheils kann aber natürlich auch der Grundsatz nicht helfen, daß der Inhalt der Schriftsätze und bezw. der durch das Protocoll festgestellten Abweichungen die Grundlage der Entscheidung sein solle. Man müßte dann viel weiter gehen und namentlich auch bestimmen, daß alles Thatsächliche der Replik- und Duplikvorträge in das Sitzungsprotocoll aufgenommen und das Protocoll in jedem Falle vorgelesen werden solle.

Nach den hiesigen Erfahrungen kann ich überhaupt nicht glauben, daß ein dringendes Bedürfniß vorhanden ist, dem schriftlichen Vorbringen, gegenüber der richterlichen Auffassung des mündlichen Vortrags, eine größere Geltung zu sichern. Die Richter sind wahrlich nicht sehr geneigt, Abweichungen des mündlichen Vortrags von den in scriptis vorliegenden Angaben und Erklärungen anzunehmen, sie halten sich vielmehr vorzugsweise gern an den Inhalt der Schriftsätze, soweit diese reichen. Ist aber eine Abweichung davon beim mündlichen Vortrage so unzweifelhaft hervorgetreten, daß die Richter beim Urtheile derselben zu folgen sich entschließen müs-

sen, so wird sie auch regelmäßig schon zum Protocolle festgestellt sein. Damit soll nun freilich nicht gesagt sein, daß die Parteien vollständig gegen jede unrichtige Auffassung ihrer mündlichen Vorträge gesichert sind und daß nicht doch einmal eine Abweichung von dem schriftlichen Vorbringen da angenommen wird, wo sie nicht stattgehabt hat. Ich bestreite nur, daß diese Fälle häufig sind und daß ein dringendes Bedürfniß der Aenderung vorliegt.

Neben der einen Möglichkeit, daß unrichtiger Weise Abweichungen angenommen werden, steht aber auch die andere Möglichkeit, daß Abweichungen, die wirklich vorgekommen sind, nicht beachtet werden. Und jemehr man das schriftliche Vorbringen sichert und auf dieses die Richter verweiset, desto mehr wird natürlich der Fall eintreten, daß wirklich stattgehabte Abweichungen, die nicht zu Protocoll festgestellt sind, keine Berücksichtigung finden.

Wollte man aber soweit gehen, Bestimmungen zu treffen, welche diesen Erfolg haben, so würde man das Princip der Mündlichkeit damit theilweise verlassen, man würde direct oder indirect dahin kommen, daß der Satz quod non in actis, non est in mundo, für diejenigen Proceßhandlungen, welche durch schriftliche Anträge vorbereitet sind, wiederum Geltung erlangte. Jede Aenderung in dieser Richtung erscheint mir im höchsten Grade bedenklich. Abgesehen davon, daß mit dem Principe der Mündlichkeit, wie unsere Proceßordnung dasselbe ausgeführt hat, viele andere Vorschriften zusammenhängen und durch dasselbe veranlaßt sind, — erlaube ich mir nur Folgendes kurz hier anzudeuten:

a) Macht man in thatsächlicher Hinsicht die jetzt nur vorbereitenden Anträge zur Hauptgrundlage des Urtheils und läßt Abweichungen davon nur insoweit gelten, als sie zu Protocoll festgestellt sind, so wird es sich bald zeigen, daß die mündlichen Vorträge, soweit schriftliche Anträge vorher gewechselt sind, entweder zu einer bloßen Formalität, ohne Leben und ohne Klarheit und Vollständigkeit herabsinken, oder daß sie dazu benutzt werden, durch unerhebliches und unnützes Beiwerk den wahren Sachverhalt zu verdunkeln und so den Richter in die Irre zu führen. Ersteres wird der gewöhnliche Fall sein, denn wenn die Parteien sicher sind, daß der Inhalt ihrer Schriftsätze, und nur dieser vom Richter in

judicando berücksichtigt wird, so wird der mündliche Vortrag ihnen gar bald als eine überflüssige Wiederholung erscheinen, welche sie auf jede Weise zu umgehen und abzukürzen suchen werden. Unter Umständen wird aber auch der andere Fall eintreten; denn wenn nicht der mündliche Vortrag, sondern quod scriptum est, entscheidet, so hat die vortragende Partei auch gar kein Interesse, im mündlichen Vortrage sich pertinent und präcise auszudrücken, sie wird dann mit s. g. Colorirungen nicht sparsam sein und unerhebliche Dinge hineinmischen.

Die Wahrheit wird nicht weniger als die Klarheit dabei verloren gehen.

b) Eine andere Folge würde die sein, daß niemals, auch in den einfachsten Sachen nicht, eine Entscheidung abgegeben werden könnte, wenn nicht zuvor die sämmtlichen Richter, sei es durch eigenes Lesen der Schriftsätze oder durch das Referat eines Mitgliedes, das ganze schriftliche Vorbringen kennen gelernt hätten. Kein Votant würde ja sonst die Gewißheit haben, daß dasjenige, was er im mündlichen Vortrage vernommen hat, auch ohne Abweichung in den Schriftsätzen enthalten ist.

c) Ferner wäre es gewiß ein recht großer Uebelstand, für die einzelnen Proceßhandlungen so ganz verschiedene Principien gelten zu lassen, je nachdem der mündlichen Verhandlung ein Schriftenwechsel vorausgegangen ist, namentlich also für die Klage und die Vernehmlassung den Inhalt der schriftlichen Anträge, für die Replik und Duplik aber den mündlichen Vortrag entscheiden zu lassen. Ich fürchte, man würde damit gar oft ins Gedränge kommen, z. B. bei anticipirten Repliken und Dupliken.

d) Andere Bedenken liegen darin, daß häufig die Gränze zwischen einer thatsächlichen Behauptung und dem Berufen auf einen Rechtssatz so schwer zu finden ist. So lange in beiden Beziehungen der mündliche Vortrag entscheidend ist, kommt die genaue Feststellung dieser Gränze weniger in Betracht; wenn aber in thatsächlicher Hinsicht das schriftliche Vorbringen entscheidend sein sollte, so würde eine strenge Unterscheidung immer nöthig werden und dann würden jene Schwierigkeiten sich häufiger zeigen.

Diese Bedenken drängen sich sofort auf; sie scheinen erheblich genug zu sein, um jede Aenderung zu widerrathen, welche den Richter veranlassen soll, das blos mündliche Vorbringen der Par-

teien, wo dasselbe eine Abweichung von dem schriftlichen Vorbringen enthält, unbeachtet zu lassen.

Gleiche Bedenken würden aber auch dann eintreten, wenn man die Congruenz des mündlichen Vorbringens mit den schriftlichen Vorträgen durch die Vorschrift erreichen wollte, daß jedes Mal in das Sitzungsprotocoll darüber eine Vorbemerkung aufgenommen werden solle, ob Abweichungen vorgekommen seien — und welche — oder nicht. Zwar würde einer solchen Bemerkung im Protocoll, falls sie vorgelesen ist, unbedenklich auch hinsichtlich der ihr bezeugten Negative, daß keine Abweichungen stattgefunden haben, dieselbe Beweiskraft beigelegt werden können, wie sie dem positiven Inhalte des Protocolls nach §. 386 und bezw. 357 zukommt. Es würde dann in den Thatbestand des Urtheils nichts Anderes — nicht mehr und nicht weniger — aufgenommen werden können, als was die schriftlichen Anträge und eintretenden Falls das Protocoll enthalten und wenn es dennoch geschähe, so würde das Protocoll den Gegenbeweis liefern. Immer aber würde auch dieser Weg im Resultate dahin führen, daß für einen Theil der Proceßverhandlungen das ganze Gewicht in das schriftliche Vorbringen gelegt würde, und es könnte nicht fehlen, daß in tantum die mündlichen Vorträge, jeder selbstständigen Bedeutung beraubt, nur als eine überflüssige und zeitraubende Formalität angesehen würden, worauf weder die Parteien Sorgfalt, noch die Richter Aufmerksamkeit zu verwenden für nöthig hielten. Das Protocoll muß es ja ausweisen, ob Abweichungen vorgekommen sind oder nicht: dieser Gedanke würde alle dabei Betheiligten einschläfern und ihr Interesse an den mündlichen Verhandlungen jedenfalls sehr vermindern." (1855.)

XX. „Der im Gesetze als Regel aufgestellte Grundsatz der Mündlichkeit entspricht meines Erachtens den Verhältnissen vollkommen.

Bei zweckmäßiger Leitung der Verhandlungen fällt es nicht schwer, den Richtern eine klare Anschauung der in Betracht kommenden factischen und Rechtsverhältnisse zu geben, und sie zu sofortiger Aburtheilung des verhandelten Falls in den Stand zu setzen. Auch bei verwickelteren Sachen wird dies durch Trennung

der Verhandlungen über einzelne Angriffs- und Vertheidigungsmittel erfahrungsmäßig ohne Schwierigkeiten erreicht. . . .

Schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung (§§. 460 ff.) ist hier in 2½ Jahren nur ein Mal durchgeführt. Es trat erst nach dem Interlocute ein, bei einer sehr verwickelten Beweisführung über Observanzen durch Zeugen, Gerichtsacten und zahlreiche sonstige Urkunden von zweifelhafter Beweiskraft. Die Eruirung des complicirten Beweismaterials durch einen Richtercommissair und das Referat desselben bei der Schlußverhandlung hat sich in diesem Falle, wo es kaum möglich gewesen wäre, durch Trennung der Verhandlungen für die nöthige Klarheit zu sorgen, als sehr zweckmäßig gezeigt. Die weitere Ausdehnung desselben ist jedoch so wenig von den Richtern als den Anwälten für wünschenswerth erachtet. Verkennen läßt es sich nicht, daß es für das Urtheil eine vollkommen sichere factische Grundlage schafft, die die Darstellung des Thatbestandes im Urtheile entbehrlich macht. Dem Referenten kommt diese Sicherheit zunächst zu Gute. Die übrigen Votanten sind aber — ungeachtet des den Parteien zustehenden Berichtigungsrechts — von seiner Auffassungs- und Darstellungsweise in mancher Beziehung abhängig. Die Divergenzen zwischen der factischen Auffassung der Parteien treten durch Anhörung ihrer Vorträge gewiß deutlicher hervor, als aus dem Referate des Richters, und durch die Gegenreden wird die Aufmerksamkeit mehr gefesselt, als durch längeren Vortrag eines Einzelnen. Das schriftliche Verfahren bietet daher, von äußerst seltenen Ausnahmefällen abgesehen, für die Gründlichkeit des Urtheils über factische Fragen keine größere Gewähr, wenn es der Vorsitzende versteht, durch eingreifende Leitung der Verhandlungen den Richtern die thatsächlichen Verhältnisse klar vor Augen zu führen. Besitzt er diese Gabe nicht, hält er sich bei den Verhandlungen passiv, dann mag allerdings den Votanten die Sache durch den geordneten Vortrag eines geübten Referenten klarer werden, als durch die Plaidoyers der Anwälte, und in diesem Falle das Urtheil an Gründlichkeit gewinnen. Die Rücksicht auf eine solche Möglichkeit kann aber zu einer Aenderung der betreffenden gesetzlichen Bestimmung schwerlich Veranlassung geben. Der §. 460 gewährt genügende Aushülfe. Wie weit der Vorsitzende im Stande ist, durch Leitung der mündlichen Verhandlungen eine etwas weit-

läuftige oder verwickelte Sache klar zu legen, fühlt sich leicht heraus. Läßt sich dies in concreto bei der Ausdehnung und Verwickelung der Sache nicht erwarten, so wird er selbst, werden seine Collegen und die Anwälte darauf hinwirken, daß die Voraussetzungen des §. 460 als vorhanden angenommen, und die entsprechenden Verfügungen getroffen werden.

Auch ohne solche Veranlassung werden bei der Dehnbarkeit des Begriffs von „außergewöhnlicher Ausdehnung und Verwickelung" gewiß manche Vorsitzende, Richter und Anwälte aus Ueberzeugung von den besonderen Vorzügen des Ausnahmeverfahrens, dessen Einleitung befördern. Der Referent kann sich mit allen factischen Fragen auf's Genaueste bekannt machen, auf die vorkommenden Rechtsfragen umfassender und gründlicher vorbereiten, als es im gewöhnlichen Verfahren thunlich ist. Die Ergebnisse seiner theoretischen Forschungen werden auch den übrigen Votanten zu Gute kommen. Die Vortheile dieser gründlicheren Vorbereitung dürfen aber nicht überschätzt werden. Hat der Referent sich vor der Verhandlung ernstlich mit den betreffenden theoretischen Fragen beschäftigt, so wird er sich leicht eine feste Ansicht über die Entscheidung des Falls bilden, ehe er noch die Rechtsausführungen der Parteien gehört hat. Er läuft Gefahr, diesen später nicht mehr die gehörige Rechnung zu tragen. Sein, durch gründliche Vorbereitung verstärktes Gewicht kann dann bei der Abstimmung möglicher Weise nachtheilig wirken.

Wollte man aber auch dem schriftlichen Verfahren bei nicht ganz einfachen Sachen den Vortheil größerer Gründlichkeit des darauf gebaueten Urtheils schlechthin einräumen, so scheinen mir doch auch sehr erhebliche Nachtheile damit verknüpft zu sein. Es veranlaßt einen unweit größeren Aufwand von Kosten und Arbeitskraft. Käme es häufiger vor, würde es gar zur Regel, so dürften die Richter übermäßig belastet werden, und zur gründlichen Vorbereitung auf die Vorträge nicht die genügende Zeit gewinnen können. Die Sitzungen würden zur Verhandlung der Sachen nicht ausreichen und ein schleppender Gang der Justiz bei den stärker beschäftigten Obergerichten die unausbleibliche Folge sein. Es hat ferner den entschiedenen Nachtheil der Langsamkeit, wenn auch die Proceßparteien die redlichsten Absichten haben. Will aber eine derselben die Sache hinhalten, oder durch Chicanen den Gegner er-

müden, durch Verdunkelung des Factums Schwierigkeiten bereiten, sucht ein wenig beschäftigter Anwalt die Sache nach Möglichkeit auszunutzen, so bietet sich bei dem schriftlichen Verfahren dazu eine weit bessere Gelegenheit, als im rein mündlichen, wo ein solches Bestreben bald klar wird, und wo dem Vorsitzenden hinreichende Mittel gegeben sind, ihm wirksam entgegen zu treten.

Außerdem gehen die, nach meinen Erfahrungen sehr hoch anzuschlagenden Vortheile der leichten Beweglichkeit des mündlichen gleichzeitigen Verfahrens und des richterlichen Fragerechts bei dem schriftlichen Verfahren fast ganz verloren.

Nicht allein dem Bestreben, die Sache zu verdunkeln und unbestimmte undeutliche Erklärungen über thatsächliche Behauptungen abzugeben, läßt sich mit Leichtigkeit durch das Fragerecht begegnen, die Partei wird auch auf die ungenügende Substantiirung von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln aufmerksam gemacht, und dadurch u. A. die früher so häufige Abweisung der Klagen in angebrachter Maße zur größten Seltenheit.

Endlich wird die Aussicht auf gänzliche oder theilweise Erledigung der Processe durch Vergleich beim schriftlichen Verfahren sehr verringert. Haben erst die Parteien mit größerem Kostenaufwande und Hartnäckigkeit weitläuftige Schriften gewechselt, so werden sie schon weniger geneigt zum Vergleiche sein, als wenn der Versuch dazu im ersten Termine nach Feststellung der Streitpunkte gemacht wird. Hier wird mindestens die Hälfte der Sachen ganz oder theilweise verglichen. Bei der mündlichen Verhandlung stellt sich die untergeordnete Bedeutung mancher nicht ohne Mühe zu entscheidender Fragen so deutlich heraus, daß es gar nicht schwer fällt, sie durch gegenseitiges Nachgeben auszuscheiden.

Die meisten Rechtsstreitigkeiten eignen sich deshalb nicht zur völligen vergleichsmäßigen Erledigung, weil erhebliche Thatsachen streitig sind, und die Richtigkeit der betreffenden Behauptungen nicht ermessen werden kann. In diesen Fällen ist die Feststellung des Interlocuts durch Vergleich von großer Wichtigkeit, um eine feste unangreifbare Grundlage der ferneren Verhandlungen zu gewinnen. Schon der Versuch, dies Resultat zu erreichen, hat die besten Folgen, denn es stellt sich durch die Erklärungen der Parteien auf das schärfste heraus, in welcher Beziehung ihre Ansichten über die Relevanz der streitigen Thatsachen und über die Beweislast

auseinandergehen, und die richterliche Entscheidung wird dadurch wesentlich erleichtert. In den meisten Fällen wird aber die vergleichsmäßige Feststellung selbst ganz oder theilweise gelingen, wenn die einzelnen streitigen Thatsachen getrennt nach dieser Richtung hin in Frage gestellt werden. Dies Resultat entspricht wenigstens meinen hiesigen Erfahrungen. Bei eingreifender Leitung des Vorsitzenden scheint mir ein solches Verfahren von fast unwiderstehlicher Kraft zu sein. Wenn das Sachverhältniß einfach, und die Beweislast selbst nicht zweifelhaft ist, so kann kaum einer der Anwälte der Frage des Vorsitzenden, ob er damit einverstanden sei, daß die Beweislast nach seinem genau präcisirten Vorschlage vertheilt werde, etwas entgegensetzen, und doch wird auch schon dadurch Zeit und Arbeit, die sonst auf Abfassung eines Erkenntnisses verwandt werden müßte, erspart. Liegt eine Mehrheit streitiger Thatsachen vor, so steht nichts im Wege, einen erheblichen Theil derselben unter gegenseitigem Einverständnisse, einen andern durch richterliche Entscheidung zum Beweise zu verstellen. Auf diese Weise wird die Arbeit der Richter sehr erleichtert. Auch die durch ihren Spruch zu entscheidenden Streitpunkte sind durch diese Vergleichsverhandlungen in factischer Beziehung meistens so klar gelegt, daß es keines weiteren Vortrages im Berathungszimmer mehr bedarf, sondern sofort votirt und die Entscheidung publicirt werden kann.

Aus allen diesen Rücksichten scheint mir die weitere Ausdehnung der gesetzlichen Bestimmungen über das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung im hohen Grade bedenklich zu sein.

Wenn man die Regierungsmotive zu diesem §. mit den, in Bothmers Fragmenten I. S. 5 ff. enthaltenen Ausführungen vergleicht, so kann man leicht darüber zweifelhaft werden, ob es angemessen erscheine, von dem in der Proceßordnung consequent durchgeführten Grundsatze der Mündlichkeit, aus Gründen der Zweckmäßigkeit abzuweichen. Wäre der dem Gesetze gemachte Vorwurf, daß es keine Sicherheit für die factische Grundlage des Urtheils gewähre, richtig, so würde ich nicht zögern, mich für ein modificirt mündliches Verfahren zu erklären, welches diese Sicherheit wirklich gewährte. Solche Garantien ließen sich, ohne sonstige wesentliche Vortheile der Mündlichkeit zu gefährden, schon darin finden, daß die Vorlesung der schriftlichen Anträge und Constatirung der in der

mündlichen Verhandlung abweichend davon oder außerdem vorkommenden relevanten Thatsachen durch ein vorzulesendes Protocoll vorgeschrieben, und das auf diese Weise festgestellte Factum dem Urtheile untergelegt würde. Die Verhandlungen dürften dadurch freilich sehr an Raschheit, Frische und Lebendigkeit verlieren. Diese Uebelstände vermag ich aber längst so hoch nicht anzuschlagen, als die Nachtheile des von anderer Seite gewünschten vollständigen Abschlusses der factischen Streitpunkte vor der mündlichen Verhandlung der Sache.

Die Schwierigkeiten der Gewinnung einer sicheren thatsächlichen Grundlage für das Urtheil haben sich aber, nach meinen Erfahrungen, keineswegs als sehr groß gezeigt. Factische Zweifel der urtheilenden Richter gehören hier zu den Seltenheiten. Kamen sie bei der Abstimmung vor, so ließ sich von den Parteien selbst eine Erläuterung leicht erlangen. Dies erwünschte Auskunftsmittel fehlte allerdings, wenn sie bei Feststellung des Thatbestandes eines in unvollständiger Fassung verkündeten Urtheils hervortraten. Auch bei gespannter Aufmerksamkeit kann sich nach einigen Tagen wohl einmal dieser oder jener Umstand im Gedächtnisse verwischen. Solche Zweifel Einzelner ließen sich indessen durch die von den übrigen Richtern gegebenen Aufklärungen leicht heben. Wenn die Verhandlungen auf die vorhin geschilderte Weise geleitet werden, so ist es bei gehöriger Vorbereitung leicht, erhebliche Abweichungen des in facto Vorgebrachten von dem in den schriftlichen Anträgen Vorgetragenen zu entdecken und zu erforschen, ob sie nur auf einem omissum beruhen, oder absichtlich sind. In diesem Falle wird die Abweichung vorschriftsmäßig zu Protocoll constatirt. Bei einiger Gewandtheit in der Protocollführung läßt sich auch das sonstige erhebliche factische Vorbringen — Erklärung auf Einreden, Repliken, Dupliken — in der Regel sofort so vollständig protocolliren, daß es vor Verkündigung des Urtheils vorgelesen werden kann. Zur Vermeidung unangenehmen Aufenthalts geschieht das hier meist während die Richter sich im Berathungszimmer befinden. Sollte der Aufmerksamkeit des Vorsitzenden einmal eine erhebliche Abweichung entgangen sein, so ist der in jeder Sache bestellte und gehörig vorbereitete Referent, der während der Verhandlungen sich das Wesentliche zu notiren pflegt, in der Lage ihn darauf aufmerksam zu machen. Er hat später den Thatbestand des Urtheils

auszuarbeiten, wozu ihm die schriftlichen Anträge der Parteien in Verbindung mit dem Protocolle und seinen Aufzeichnungen sehr sichere Anhaltspunkte gewähren.

Von der Bezugnahme auf die Anträge und das Protocoll wird, um die Uebersichtlichkeit nicht zu stören, ein sehr maßvoller Gebrauch gemacht. Die Erfolge scheinen auch hinter den gehegten Erwartungen nicht zurück zu bleiben. Berichtigungen des Thatbestandes im Urtheile sind in $2^1/_2$ Jahren nur zweimal, und zwar bei minder wichtigen Punkten beantragt, und von dem Gegentheile sofort concedirt, so daß es einer Entscheidung darüber gar nicht bedurfte. Auch ist aus den Urtheilen der letzten Instanz nie ersichtlich gewesen, daß dort die Richtigkeit und Vollständigkeit des Thatbestandes im Urtheile angezweifelt wäre."

XXI. „Ich habe mich immer mehr davon überzeugt, daß die Processe jetzt mit wünschenswerther Raschheit erledigt werden, und daß dabei die Gründlichkeit der Entscheidungen eine viel größere ist, als nach dem alten Proceßverfahren.

Ungeachtet jetzt die Verhandlung im Allgemeinen vielmehr concentrirt ist, als früher, mithin auch die einzelnen Urtheile der Regel nach eine gleichzeitige Entscheidung über das gesammte vorliegende Streitmaterial enthalten, während im alten Proceßverfahren weit mehr Puncte durch Zwischenbescheide erledigt wurden, so hat sich doch die früher vielfach gehegte Befürchtung, daß die Gründlichkeit der Entscheidung bei rein mündlichem Verfahren sehr gefährdet werde, überall nicht verwirklicht. Obwohl ich bereits vor länger als 10 Jahren, also zu einer Zeit, wo an die spätere völlige Umänderung der Gerichtsorganisation und des Verfahrens überall nicht gedacht wurde, ... die Einführung der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit im bürgerlichen Proceßverfahren als zweckmäßig nachzuweisen suchte, so gestehe ich doch offen, daß bei der consequenten Durchführung des Princips der Mündlichkeit in der jetzigen bürgerlichen Proceßordnung vielfache Bedenken und Zweifel bei mir obwalteten, ob bei der unendlichen Mannigfaltigkeit und Verwickelung unseres materiellen Rechtes es thunlich sein werde, in schwierigen und verwickelten Rechtsfällen im rein mündlichen Verfahren zu einer völlig gründlichen Urtheils-Fällung zu gelangen. Deshalb habe ich . . . . es für nothwendig gehalten, dem mündlichen Verfahren

eine stärkere schriftliche Grundlage zu geben, und . . . . . tröstete mich nur damit, daß das ausnahmsweise zugelassene schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung §§. 460 ff. das geeignete Auskunftsmittel sein werde, auch für die schwierigeren und verwickelteren Rechtsfälle eine gründliche richterliche Entscheidung zu sichern.

Allein die praktische Erfahrung hat gezeigt, daß die früher von mir gehegten Bedenken und Zweifel nicht begründet waren, denn es werden täglich sehr verwickelte und schwierige Proceßsachen entschieden und halte ich im Allgemeinen die Gründlichkeit der Entscheidung jetzt mehr gesichert, als wie früher in dem bei den Justiz=Canzleien stattgehabten Verfahren. Ein praktischer Beweis dafür möchte schon darin liegen, daß, sowohl bei dem Obergerichte . . . . ., wie bei dem Obergerichte . . . . mir kein einziger Fall vorgekommen ist, wo jenes ausnahmsweise schriftliche Verfahren praktisch durchgeführt worden, obwohl das pecuniäre Interesse der Anwälte, wegen der dadurch vermehrten Herbeiführung der Schriftsätze erster Gattung, gewiß die öftere Anwendung dieses Ausnahme=Verfahrens herbeiführen würde, wenn dafür irgend ein begründetes Bedürfniß sich zeigte.

Es kann hier nicht der Ort sein, die Gründe für diese bemerkenswerthe Erscheinung umständlicher auszuführen.

Doch werden die nachfolgenden kurzen Bemerkungen vielleicht nicht unangemessen erscheinen.

Ein Jeder, welcher längere Jahre, namentlich in einem Obergerichte, Proceßsachen nach altem Verfahren zu bearbeiten und als Richter zu entscheiden gehabt hat, wird darin mit mir übereinstimmen, daß in den älteren Proceßacten, namentlich in den nach der Seitenzahl remunerirten Proceßschriften, sehr häufig ein großer Wust von unnützem Material und von Wiederholungen vorhanden war, und daß die Ausscheidung des Wesentlichen oft eine schwierige Arbeit für den Urtheils=Verfasser war, und daß das Richter=Collegium den Inhalt voluminöser Acten nur durch den Vortrag des Referenten erfuhr. Beherrschte der Referent das oft weitläuftige und verwickelte Material nicht vollständig, oder war sein Vortrag verworren, seine Präparation flüchtig, so konnte auch bei sonst vorzüglicher Besetzung des Collegii die Gründlichkeit der Entscheidung keineswegs gesichert sein. Je länger ein Proceß dauerte, je mehr Zwischenentscheidungen

und Instanzenzüge in demselben erfolgt waren, desto größer war nothwendig die Zahl der in demselben arbeitenden Richter und desto stärker die Gefahr, daß einer derselben einmal ein Versehen beging, oder bei voluminösen Acten nicht immer die ganze Sachlage vollständig beachtete. Ebenso traten, da zwischen der Einreichung der einzelnen Proceßschriften immer ein mehr oder weniger großer Zwischenraum lag, häufige Fälle ein, wo die Sachführer nicht immer die ganze Proceßsache vor Augen hatten, sondern nur die Widerlegung der letzten Schrift des Gegners bezweckten, diesem in dessen unnützen Ausschweifungen folgten und so das irrelevante Acten-Material vermehrten, auch wohl Actenwidrigkeiten und sonstige Versehen sich zu Schulden kommen ließen.

Die Klippen kennt das jetzige Proceßverfahren nicht. Die Schriften sind kurz, weil sie keine Rechtsdeductionen mehr enthalten und nicht mehr nach der Seitenzahl remunerirt werden. Das eigentliche factische Material des Processes läßt sich daher leicht und viel sicherer übersehen. Die mündliche Verhandlung beschränkt sich ihrer Natur nach sehr viel mehr auf dasjenige, was quoad factum et jus wirklich zur Sache gehört, als wenn solches in wiederholten Schriftsätzen bereits aus einander gezogen wird. Sämmtliche Richter lernen aus der mündlichen Verhandlung den Stand der Streitfrage und die Deductionen beider Parteien vollständig kennen, und sind, wenn etwa der Vortrag des einen oder andern Anwalts mangelhaft sein sollte, im Stande, durch zu stellende Fragen sich noch nähere Auskunft auf der Stelle zu verschaffen.

Sollte auch danach das Eine oder Andere nicht völlig klar geworden sein, so kann der Referent, welcher durch Mittheilung der Acten vor der mündlichen Verhandlung in der Lage war, genauer auf die Sache sich vorzubereiten, dieses erläutern, eventuell auch der Vorsitzende, welcher wegen zweckmäßiger Leitung der mündlichen Verhandlung gleichfalls vorher die Acte durchsehen muß, gewissermaßen die Stelle eines Correferenten übernehmen. Auf diese Weise kommen viele mitwirkende Ursachen zusammen, welche eine viel unmittelbarere und selbständigere Auffassung und Beurtheilung des Streitfalles von jedem einzelnen Votanten sichern, als dieses nach dem früheren schriftlichen Verfahren möglich war. Sobald aber nur die vollständige und klare Uebersicht des facti gewonnen ist, wird ein geübter Richter auch im Stande sein, die Entscheidung

selbst zu treffen und die in Betracht kommenden Rechtsnormen anzuwenden, zumal er ja die entgegenstehenden Deductionen beider Anwälte unmittelbar auffaßt und daneben nachher noch die Ausführung des Referenten hört." (1856.)

XXII. „Ebenso hat aber auch meine bisherige Erfahrung das in dem §. 101 der bürgerlichen Proceßordnung aufgestellte Princip, daß in thatsächlicher Beziehung die mündliche Verhandlung als Grundlage für die richterliche Entscheidung selbst rücksichtlich derjenigen Puncte dienen solle, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgesetzten Vorbringen enthalten, als durchaus praktisch, und ohne daß dadurch Unzuträglichkeiten von irgend einer Bedeutung seither herbeigeführt worden wären, bewährt und kann es zur Bestätigung dessen dienen, daß die beiden hier in Frage stehenden Senatsabtheilungen bis jetzt überall nur in 3 Sachen — 1 aus dem Jahre 1852 und 2 aus dem Jahre 1853 — Parteianträge auf Berichtigung des Thatbestandes im Urtheil gestellt und diese auch nur in den wenigsten Puncten, worauf solche gerichtet gewesen, für begründet erkannt worden sind." (1855.)

XXIII. „Ich bin geneigt, auf den Grundsatz der Proceßordnung, nach welchem der Rechtsstreit unmittelbar vor den zur Entscheidung berufenen Richtern zu verhandeln ist, großen Werth zu legen und hierin neben der schnellen Erledigung der meisten Sachen den Hauptvorzug des jetzigen vor dem früheren Verfahren zu erblicken. Das Bewußtsein, sofort die Entscheidung abgeben zu müssen, und die lebendige Verhandlung selbst hat an sich viel Anregendes, man fühlt sich zur Aufmerksamkeit und geistigen Selbstthätigkeit fortgerissen, man erkennt schon während der Verhandlung bald, worauf es ankommt, und ist in der Lage, sich sofort dasjenige selbst zu verschaffen, was man zu seiner Entscheidung glaubt nöthig zu haben. Wie ganz anders bei dem alten Verfahren; der Instruent arbeitete ohne das Bewußtsein, daß er selbst entscheiden müsse, der Referent schöpfte seine Wissenschaft allein aus den Acten und die Votanten empfingen das Material durch das Medium des Referenten, manchmal in sehr langweiligen und unzweckmäßigen Vorträgen. Ich habe gefunden, daß jetzt jeder einzelne Votant, selbst wenn das gegebene Material nur dürftig ist, sowohl in factischer als rechtlicher

Beziehung noch besser meistens informirt ist, als früher am Schluß einer langen und erschöpfenden Relation.

ad. 1. Das Bedenken, welches ad 1 erhoben ist, kann allerdings dadurch gehoben werden, daß man das im §. 460 und ff. nachgelassene Ausnahme-Verfahren einleitet, allein es wird meistens der ganze Umfang und die Schwierigkeit einer Sache erst erkannt, wenn das regelmäßige Verfahren schon im letzten Stadium ist; ein Gericht entschließt sich auch nicht leicht, von der Regel abzugehen, und es beschränkt der §. 460 das ausnahmliche Verfahren auf außergewöhnliche Ausdehnung und Verwicklung der thatsächlichen Verhältnisse. Es ist daher auch im Mangel eines darauf gerichteten Antrags dieses Verfahren bei uns nicht vorgekommen, und bin ich daher über die etwaigen Vorzüge desselben aus eigener Erfahrung zu urtheilen außer Stande.

ad 2. Es kommt vor, daß die mündlichen Vorträge von den Schriftsätzen in dem einen oder andern Puncte abweichen. In der Regel heben die Parteien solche Abweichungen selbst hervor, es können dieselben aber auch, da die Schriftsätze nicht nur von mir allemal gelesen, sondern auch dem bestellten Referenten vor dem Termine vorgelegt sind, unserer Aufmerksamkeit nicht leicht entgehen. Gegen die Richtigkeit des von der Proceßordnung aufgestellten Princips kann ich Einwendungen nicht erheben." (1858.)

§. 18.

5. Die richterliche Proceßleitung.

Während das Verfahren, welches dazu bestimmt ist, die mündliche Verhandlung vorzubereiten, der charakteristischen Bedeutung desselben ganz entsprechend, im Wesentlichen Sache der Parteien bez. deren Anwälte ist, auch in mehreren Beziehungen — Prorogation (§. 19 der B. P. O.), Bevollmächtigung (§. 74 der B. P. O.), Fristerstreckung (§. 152 der B. P. O.) — der Privatwillkür ein größerer Raum als im früheren Verfahren gewährt worden ist, so steht doch die mündliche Verhandlung, der eigentliche Proceß, unter einer sehr eingreifenden Leitung des Gerichts oder richtiger des Gerichtsvorsitzenden, welcher alle die Leitung des Verfahrens betreffenden Verfügungen, mit Ausnahme des die Anordnung des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung bezielenden

Beschlusses, für sich allein Namens des Gerichts erlassen kann, und zwar ohne daß hiergegen der Regel nach Rechtsmittel zuständen.

Wie er für eine gehörige und leidenschaftlose Erörterung der Sache zu sorgen hat, so liegt ihm auch ob, dahin zu sehen, daß das Verfahren nicht durch unzulässige oder unerhebliche Nebenverhandlungen seine processualischen Grenzen überschreite.

Es steht ihm ein ausgedehntes und wirksames Fragerecht zur Seite, um eine klare Ansicht der den Parteivorträgen zum Grunde liegenden thatsächlichen Verhältnisse, sowie der Parteianträge zu gewinnen. Wie er die Parteien, welche Behauptungen nicht mit völliger Bestimmtheit oder nicht genügend thatsächlich begründet vorbringen, durch Hinweisung auf das Ungenügende ihres Vorbringens zu bestimmteren Angaben veranlaßt, so verordnet er behuf besserer Veranschaulichung des Streitgegenstandes, daß Stammbäume, Situationspläne, Risse oder sonstige Zeichnungen beizubringen seien.

Er verordnet einerseits, wenn die gleichzeitige mündliche Verhandlung verschiedener Streitpunkte, oder die gleichzeitige Aufnahme verschiedener Beweise eine zu große Weitläuftigkeit oder Verwirrung des Verfahrens befürchten läßt, die Trennung der Verhandlung und bez. daneben Aussetzung des Verfahrens rücksichtlich einzelner Punkte, und trägt umgekehrt andererseits dafür Sorge, daß Alles, was angemessen unter den Parteien gemeinsam verhandelt werden kann, auch zur gemeinsamen Verhandlung gelange.

Er hat insbesondere dahin zu sehen, daß die Verhandlung thunlichst ohne Aussetzung fortgesetzt werde und die zu diesem Zwecke erforderlichen weiteren Termine anzuberaumen; die Verfügung z. B., welche die Augenscheinseinnahme durch ein Gerichtsmitglied anordnet und dieses benennt, hat sich hierauf nicht zu beschränken, sondern zugleich den Termin zur Einnahme des Augenscheins, sowie ferner die zur Verhandlung über das Resultat dieses Akts bestimmte Audienz anzuberaumen [1]).

Wie er, und zwar von Amtswegen, befugt ist, den Verhandlungstermin zu erstrecken, wenn die Parteien oder eine derselben nicht im Stande zu sein erklärt, die Sache vollständig zu verhan-

---

[1]) Vgl. hierüber die allgemeinen Regierungsmotive zum Entwurfe der B. P. O. bei Leonhardt, Bürgerl. Proceßordnung, 3. Aufl. S. 6 flgde.

deln, so kann er auch die bereits geschlossene Verhandlung wieder eröffnen, um von seinem Fragerechte Gebrauch zu machen.

Sämmtliche Präsidialberichte stimmen darin überein, daß die vorgedachten, das richterliche Proceßleitungsamt bezielenden Vorschriften sich praktisch sehr bewährt haben. Insbesondere wird berichtet, daß die Vorschriften über das Fragerecht häufig mit großem Nutzen angewendet, von den Bestimmungen über Trennung und Verbindung der Verhandlungen dagegen nur seltener Gebrauch gemacht worden sei.

Die im Eingange dieses §. erwähnten, die Privatwillkür der Parteien bezielenden Vorschriften anlangend, so ist der Prorogation und der Fristerstreckung bereits früher (§§. 1. 7) gedacht worden, in Betreff der Vorschrift des §. 74 der B. P. O., wonach die Sorge für den Bevollmächtigungspunkt den Parteien überlassen worden ist, erklären fast alle Berichtserstatter, daß sie zu praktischen Unzuträglichkeiten nicht geführt habe.

§. 19.

6. Die Eventualmaxime.

Die bürgerliche Proceßordnung hat die Eventualmaxime beibehalten, wie schon nach gemeinem Proceßrechte als Norm für die Parteienthätigkeit, nicht für die Urtheilsfällung, dieselbe jedoch erheblich beschränkt.

Dem Gebote der Concentration der Verhandlung tritt die im §. 112 ertheilte Vorschrift entgegen, nach welcher der Vorsitzende des Gerichts sowohl auf Antrag der Parteien als auch von Amtswegen die Trennung der mündlichen Verhandlung zu verordnen hat, sobald die gleichzeitige Verhandlung über verschiedene Streitpunkte bez. die gleichzeitige Aufnahme verschiedener Beweise eine zu große Verweitläuftigung und Verwirrung des Verfahrens besorgen läßt.

Das Gebot der Concentration der Verhandlung ist aber auch in der bürgerlichen Proceßaudienz keineswegs in der Reinheit und Schärfe ausgeprägt, wie dieses nach dem früheren Proceßrechte der Fall war, vielmehr erscheint dasselbe durchbrochen und in seiner Bedeutung erheblich geschwächt durch die nachfolgenden drei Grundsätze:

1) Die §§. 196 ff. gewähren dem Beklagten das Recht,

eine abgesonderte Verhandlung seiner verzögerlichen Einreden, insoweit dieselben das Gericht, die Parteien und die processualische Geltendmachung des Anspruchs bezielen, eintreten zu lassen;

2) die Vorschrift des §. 418 dehnt das Recht des neuen Vorbringens für die Berufungs-Instanz weit über die Gränzen, welche dasselbe in dem bestehenden Rechte einnahm, aus, indem sie, insofern nur die Identität des Rechtsstreits unberührt bleibt, den Parteien nachläßt, durch Vorbringen neuer Thatsachen, insbesondere neuer Einreden, Repliken, Dupliken, oder durch Benutzung neuer Beweismittel die Erheblichkeit der aufgestellten Beschwerde zu begründen oder zu bestreiten[1]).

3) Der dritte Grundsatz besteht in der rechtlichen Auffassung der mündlichen Parteienverhandlung, selbst wenn dieselbe äußerlich in mehrere getrennte Acte zerfällt, als eines Actes. Hierüber bemerken die Regierungsmotive das Nachfolgende: der schriftliche Proceß bewegt sich in festbestimmten Gränzen vorwärts; so folgt z. B. auf die Klageschrift die Vernehmlassung, auf die Vernehmlassung die Replik, auf die Replik die Duplik; jeder dieser Schriftsätze hat seinen festbestimmten Inhalt und selbst für diesen eine bestimmte Reihenfolge; die processualische Regel, welche technisch so ausgedrückt wird, Repliken seien nicht zu anticipiren, hat für den schriftlichen Proceß ihren guten Sinn und volle Bedeutung. Die Uebertragung dieser Verhältnisse auf den mündlichen Proceß würde dagegen unangemessen und völlig unnatürlich sein. Die mündlichen Vorträge der Parteien müssen geordnet sein, der Vorsitzende des Gerichts hat hierauf zu achten und ist überdies befugt, die Trennung der Verhandlung über verschiedene Punkte zu verordnen, wenn deren gemeinschaftliche Verhandlung die Uebersichtlichkeit aufheben würde. Allein innerhalb dieser Schranken noch weitere Schranken aufzuführen, die mündliche Verhandlung in Stadien zu zerlegen und für deren Inhalt eine

---

1) Der §. 427 der B. P. O. bestimmt:

„Derjenigen Partei, welche in der Berufungsinstanz neue Thatsachen oder neue Beweise beibringt, die schon in der ersten Instanz beizubringen ihr möglich gewesen wäre, können die dem Gegner erwachsenen Kosten sowohl der ersten als der Berufungsinstanz den Umständen nach zur Last gelegt werden, wenn sie auf Grund jenes neuen Vorbringens obsiegt."

Vgl. auch §. 27, 2 a der B. P. O.

Reihenfolge zu bestimmen, würde die Parteien, welche durch die die mündliche Verhandlung vorbereitenden Schriftsätze von der Lage und dem Inhalte des Rechtsstreits bereits Kenntniß erlangt haben, ganz unnöthigerweise beschränken, und daneben, was das bei weitem Schlimmere sein würde, die mündliche Verhandlung nicht allein über ihr natürliches Maß ausdehnen, sondern derselben auch wegen des Zerreißens des natürlichen Zusammenhangs alle Lebendigkeit entziehen. Ein Bedürfniß für die gedachte Uebertragung liegt aber um so weniger vor, als die mündliche Verhandlung schon an sich, dann aber wegen der gleichzeitigen Verhandlung unter den Parteien eine solche Beweglichkeit hat, daß ein Verbessern und Nachholen besondere Schwierigkeiten nicht darbietet. — Der Grundsatz der unmittelbaren Verhandlung des Rechtsstreits vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern spricht mit Rücksicht auf die größere oder geringere Schwäche des menschlichen Gedächtnisses, vorzugsweise aber auf den nicht zu vermeidenden Wechsel in der Person der zur Entscheidung berufenen Richter dringend dafür, daß eine bestimmte mündliche Verhandlung nicht in mehrere Termine zerfalle. Alle dahin abzweckenden Vorschriften, zu denen vorzugsweise die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch zu wechselnde Schriftsätze, sodann die im §. 195 besonders hervorgehobene Befugniß des Vorsitzenden, die mündliche Verhandlung zu vertagen, zu rechnen, können diesen Uebelstand jedoch nicht ganz heben, und eben diese Erwägung in Verbindung mit den oben hervorgehobenen Rücksichten, besonders der des Wechsels in der Person der Richter, führt die Nothwendigkeit der Auffassung einer bestimmten mündlichen Verhandlung, selbst wenn sie in mehrere äußerlich getrennte Acte zerfällt, als eines Acts mit sich. — Die Folge des so eben entwickelten Grundsatzes für das Eventualprincip besteht aber darin, daß gewisse in eine bestimmte mündliche Verhandlung gehörige Rechtsbehelfe bis zum Schlusse derselben zeitig vorgebracht werden, also z. B. eine Einrede, wenngleich der Kläger bereits wiederholt das Wort genommen hat. — Auch praktische Bedenken wird diese Erweiterung schwerlich haben; der bloßen Nachlässigkeit wird die Rücksicht auf den Kostenpunkt genügend entgegenwirken, die eigentliche Chicane wird aber hier wie im Allgemeinen, in dem Grundsatze des mündlich-öffentlichen Verfahrens eine sehr erhebliche Gegenkraft finden.

§. 20.

Indem wir, anlangend die Präsidialberichte über die im §. 19 hervorgehobenen Modificationen der Eventualmaxime, bemerken, daß die dritte derselben überall kein Bedenken erregt hat, wegen der ersten aber auf den §. 21 verweisen, heben wir in Betreff der zweiten hier das Nachfolgende hervor.

Von den Gerichtsvorsitzenden des höchsten Landesgerichts hat der eine berichtet, daß — mit Rücksicht auf die Verweitläuftigung und Verwickelung des Streitmaterials in der Berufungsinstanz — die erweiterte Befugniß des neuen Vorbringens zu erheblichen Unzuträglichkeiten geführt und sich praktisch nicht bewährt habe; ein zweiter, daß der betreffende Grundsatz dem wirklichen praktischen Bedürfnisse entspreche, und außerdem nicht wenig dazu beitrage, dem materiellen Rechte einen größeren Schutz zu gewähren; ein dritter, daß die Vorschriften des §. 418 der B. P. O. nothwendig seien, sich auch, wenngleich hier und da Unzuträglichkeiten hervorgetreten, im Allgemeinen bewährt haben.

Die Gerichtsvorsitzenden der Obergerichte haben sich der großen Mehrzahl nach, und zwar einzelne sehr entschieden, für die erweiterte Befugniß des neuen Vorbringens ausgesprochen; die übrigen haben Bedenken geäußert mit Rücksicht auf die Verweitläuftigung und Verwickelung der Berufungsinstanz, die Beschränkung der zweiten Instanz und den Mißbrauch, welchem die gedachte Befugniß ausgesetzt ist, indem einzelne Berichtserstatter jedoch ausdrücklich hervorheben, daß die von ihnen gehegten Bedenken zu erheblichen praktischen Unzuträglichkeiten dennoch nicht geführt hätten.

Einzelne Berichte theilen wir im Nachfolgenden mit:

I. „Nichts ist geeigneter, Beeinträchtigungen des materiellen Rechts durch das formelle zu vermindern, als die in der Proceßordnung erheblich erweiterte Befugniß des neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz (§. 418), gegen deren Mißbrauch die Rücksicht auf den Kostenpunkt hinreichenden Schutz gewährt. Die Zulässigkeit, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung Rechtsbehelfe nachzuholen, scheint mir so wesentlich mit dem mündlichen Verfahren verknüpft zu sein, daß jede Beeinträchtigung derselben die eminenten Vortheile desselben nur schmälern könnte.“ (1855.)

II. „Nie habe ich wahrgenommen, daß das für die Berufungsinstanz erweiterte beneficium novorum mißbraucht ist, um absichtlich in der ersten Instanz mit Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln zurück zu halten. Ich rechne die Erweiterung des beneficii zu den wesentlichen Vorzügen der neuen Proceß-Ordnung. Der Zweck des Processes ist, dem materiellen Rechte Geltung zu verschaffen und es, wenn es gestört ist, wieder herzustellen. Das formelle Recht ist nur ein Nothbehelf, um das Ende des Streits herbeizuführen. Auf Erreichung jenes Zwecks muß also das Verfahren berechnet werden. Es kann sich aber leicht ereignen, daß das Urtheil, auch wenn der Richter nicht gefehlt hat, das materielle Recht verletzt, denn der Erfolg hängt nicht von ihm allein, sondern eben so sehr von der Mitwirkung der Parteien und Anwälte ab. Diese können ebenso leicht fehlen, wie der erstere. Die Meinung, daß es nur erforderlich sei, in der Berufungs-Instanz zu prüfen, ob der Richter richtig geurtheilt habe, beruht also auf einer irrigen Voraussetzung und einseitigen Auffassung. Oft werden die Parteien und Anwälte erst durch das erste Urtheil auf ihre Fehler aufmerksam, und sie gelangen erst jetzt zu der Einsicht, daß für die Beurtheilung des Rechtsverhältnisses noch andere, als die von ihnen angeführten Thatsachen in Betracht kommen. Soll also Recht und Wahrheit gefördert werden, so muß auch ihnen Gelegenheit zu abermaliger Ueberlegung gegeben und verstattet werden, ihre Irrthümer zu verbessern. Die ehemalige Einschränkung des beneficii novorum hatte nur den Zweck, die Verschleppung der Processe zu verhüten. Da jetzt solche weniger zu fürchten ist, so mußte die alte das materielle Recht gefährdende Schranke hinweggeräumt werden.“ (1855.)

III. „Das in zweiter Instanz gestattete Vorbringen der nova halte ich für eine der vorzüglichsten Vorschriften der Proceß-Ordnung, und für ganz geeignet, das materielle Recht nicht der Form zu opfern. In vielen Fällen gewinnen die Anwälte, besonders die weniger befähigten, von dem Sachverhältnisse erst durch das erste Urtheil, nachdem ihnen das ganze Beweismaterial vorliegt, die richtige Ansicht und wird es ihnen möglich, die richtigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu treffen. Im älteren Verfahren mußte man oft mit wahrer Betrübniß sehen, wie eine an sich gerechte Sache lediglich durch die nicht rechtzeitige Behauptung von Thatsachen

verloren ging. Dieser Mangel fällt jetzt weg, und darüber wird jeder Richter sich gewiß freuen. Ich kann auch nicht sagen, daß die Vorbringung neuer Thatsachen in der Berufungsinstanz zu irgend einer Unzuträglichkeit geführt habe. Hält man namentlich fest, daß die neuen Thatsachen und Beweismittel, die die Berufung verfolgende Partei für sich benutzen will, innerhalb der Berufungsfrist vorgebracht werden müssen, so ist schon für die Ordnung des Verfahrens eine bedeutende Stütze gewonnen. Außerdem kommt in Betracht, daß die Partei, welche mit neuen Thatsachen hervortritt, die sie schon in erster Instanz hätte vorbringen können, nach §. 47 und 427 a. a. O. Gefahr läuft, daß nicht nur die Kosten der Instanz compensirt werden, sondern daß sie selbst zur Tragung derselben verurtheilt wird, so daß die Parteien alle Ursache haben, in erster Instanz vorsichtig zu sein. Ich gebe zu, daß jetzt das Urtheil über eine Berufung, in der von beiden Seiten nova verhandelt sind, dem Richter in der Regel mehr Mühe macht, als früher in gewöhnlichen Fällen die Entscheidung über eine Appellation, da jenes mehr die Natur eines Erkenntnisses erster Instanz hat; außer dieser gewiß unerheblichen Rücksicht wüßte ich aber nichts gegen die betreffende gesetzliche Bestimmung anzuführen." (1855.)

IV. „Durch die Gestattung des neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz wird das materielle Recht vor dem immerhin möglichen Untergange im Processe wesentlich gesichert, da oft erst aus der Entscheidung des Richters klar wird, welcher früher für unerheblich oder überflüssig erachtete Rechtsbehelf, welches früher für überflüssig erachtete Beweismittel, doch zur Erreichung des Sieges im Processe nöthig sich darstellt, und nur durch die unbedingte Gestattung neuen Vorbringens geltend gemacht werden kann. Außerdem trägt diese Befugniß wesentlich zur Vereinfachung der Sachen bei, da derjenige, welcher die sichere Hoffnung hat, mit einer Einrede 2c. oder einigen Beweismitteln seinen Zweck vollkommen zu erreichen, sich auf diese beschränken wird, wenn er weiß, daß er nöthigenfalls andere Einreden 2c., andere Beweismittel in der Berufungsinstanz nachholen kann.

Das Bedenken, daß in solchem Falle über das neue Vorbringen nur einmal erkannt wird, nur eine Instanz gegeben ist, läßt sich freilich nicht verkennen. Es muß das aber gegen die sonstigen un-

läugbaren Vortheile zurückstehen. Die Gefahr, daß die eine Partei zum Nachtheile des Gegners ihre Hauptvertheidigungsmittel bis auf die Berufungsinstanz aufbewahre, ist nicht groß, da ein solches Verfahren für beide Theile gleich gefährlich ist. Ein derartiger Mißbrauch ist übrigens hier, soviel bemerklich geworden ist, nicht vorgekommen." (1855. Meyer.)

§. 21.

7. Der erste Termin und die Vorverhandlung über Proceßeinreden.

Der Vorsitzende des Gerichts bestimmt selbst noch bevor der Rechtsstreit durch Behändigung der Klaganträge anhängig wird, auf dem Originale der zu behändigenden Klaganträge die Audienz, in welcher die Parteien stets, auch wenn eine die Gegenanträge überschreitende schriftliche Vorverhandlung als erforderlich sich darstellt, erscheinen sollen.

Dieses Verfahren ist nicht allein nothwendig, weil rücksichtlich der Frage, ob eine Sache zu dem Ausnahmeverfahren sich eigne, das richterliche Ermessen nicht zu entbehren ist, sondern auch in anderen Beziehungen von Interesse. Selbst in denjenigen Sachen, welche zur contradictorischen Verhandlung und zwar in dem Ausnahmeverfahren gelangen, bietet die erste, unter dieser Voraussetzung als Vortermin zu bezeichnende Tagefahrt ihren Nutzen bezüglich der Beendigung des Processes durch Vergleich, der Berichtigung des Vollmachtspunctes, insbesondere der Aufstellung eines gemeinschaftlichen Vertreters für mehrere Streitgenossen, der Erhebung und Erledigung von Incidentpunkten aller Art, insbesondere der das processualische Verhältniß betreffenden verzögerlichen Einreden, des Vorbringens über Streitverkündigung und Benennung des Autors u. s. w. Wie auf diese Weise der Vortermin einerseits, um so zu sagen, dem Processe reine Bahn macht, bewirkt derselbe andrerseits, daß der Proceß schon jetzt ins Gericht gelangt und der proceßleitenden Gewalt des Vorsitzenden insofern unterworfen wird, als dieser sowohl für die schriftlichen Vorverhandlungen als die mündliche Verhandlung Fristen festzusetzen hat.

Insbesondere verdient an diesem Orte die bereits zum §. 19 berührte Vorverhandlung über die verzögerlichen Einreden, welche das Gericht, die Parteien oder die processualische Geltendmachung

des Anspruchs betreffend, auf Proceßregeln beruhen und demgemäß angemessen als Proceßeinreden bezeichnet werden, eine etwas nähere Berücksichtigung[1]).

Der Gesetzgeber geht davon aus, daß das mündliche Verfahren, leicht und beweglich, in keiner Weise berechtige, den Grundsatz außer Acht zu lassen, daß es gegen Recht und Billigkeit verstoße, den Beklagten zu zwingen, auf einen Rechtsstreit sich einzulassen, bevor es feststeht, ob die processualischen Vorbedingungen für denselben vorliegen.

Aber dem Beklagten das Recht gewährend, die abgesonderte Verhandlung der Proceßeinreden zu verlangen, hat der Gesetzgeber zugleich Sorge getragen, die auf diese Weise entstehende Nebenverhandlung, der Natur sowohl einer Nebenverhandlung, als ihrem bestimmten Inhalte entsprechend zu construiren.

Da es sich um processualische Vorbedingungen für einen Rechtsstreit handelt, so sind dieselben sofort vorzubringen, d. h. vor dem eigentlichen Eingehen auf den Rechtsstreit. Der Beklagte, welcher nicht bloß eventuell auf die Hauptsache sich einläßt, oder auch nur den mit der Hauptsache in engster Verbindung stehenden Vorantrag auf schriftliches Vorverfahren stellt, verzichtet damit auf die Geltendmachung der fraglichen Einreden, insoweit der Gesichtspunct des Verzichts überhaupt Platz greifen kann. Nicht weniger rechtfertigt die Eigenschaft jener Einreden als processualischer Vorbedingungen eines Rechtsstreits das Gebot des gleichzeitigen Vorbringens, so wie der Verbindung des Beweises, insoweit ein solcher überhaupt erforderlich ist, mit den Behauptungen, des Ausschlusses eines Beweisinterlocutes, andererseits aber auch die Zulässigkeit sofortiger Berufung.

Das Gesetz gestattet ein abgesondertes Vorbringen, gebietet dieses aber nicht. Der Beklagte, welcher sich eventuell auf die Hauptsache einläßt, giebt dadurch zu erkennen, daß er entweder dem verzögerlichen Vorbringen nicht vollständig traue, oder daß er an der besonderen Beschleunigung des Verfahrens kein besonderes Interesse habe. Diesem Allen entspricht es, wenn im §. 197 für den ersten Fall eine abgesonderte Verhandlung mit besonderen, der Einfachheit

---

[1]) §§. 196—197 und Regierungsmotive, so wie Erläuterungen hierzu bei Leonhardt, Bürgerl. Proceßordnung, 3. Aufl., S. 147 flgde.

der Verhältnisse entsprechenden, Vorschriften unbedingt angeordnet worden ist, während im letzteren Fall die Beurtheilung der Frage, ob jene abgesonderte Verhandlung und dann natürlich mit den besonderen Vorschriften Platz greifen soll, dem richterlichen Ermessen überlassen ist.

Nach den Berichten werden diese Vorschriften als durch die Erfahrung im Allgemeinen bewährt angesehen werden dürfen. In einigen Berichten wird hervorgehoben, daß eine abgesonderte Verhandlung der Proceßeinreden nur selten von den Parteien begehrt, indem regelmäßig die Verhandlung zur Hauptsache mit jenen verbunden worden sei. Ein Gerichtsvorsitzender hat dafür gehalten, daß es genüge und den Vorzug verdiene, wenn es lediglich dem Ermessen des Vorsitzenden bez. des Gerichtes überlassen bleibe, ob und in wie weit auf Grund einer verzögerlichen Einrede eine Vorverhandlung Statt haben solle oder nicht.

§. 22.

8. Außergerichtliches schriftliches Vorverfahren[1]).

Der Gesetzgeber ist nach den Regierungsmotiven davon ausgegangen, daß die bei Weitem meisten Rechtsfälle so geeigenschaftet seien, daß sie durch Klaganträge und Gegenanträge zur mündlichen Verhandlung genügend vorbereitet werden könnten, indem wenn eigentliche Repliken schon selten, dieses noch mehr von eigentlichen Dupliken gelte. Er gestattet jedoch für Sachen, welche mit Rücksicht auf die zu verhandelnden Thatsachen besondere Schwierigkeiten oder Verwickelungen darbieten, die Anwendung eines schriftlichen Vorverfahrens selbst bis zur Duplik durch eine Vorverfügung, welche einem Rechtsmittel nicht unterliegt. Die das schriftliche Vorverfahren zulassende Verfügung schreibt zugleich die Fristen vor, innerhalb welcher die Schriften zu wechseln, und daneben den Gerichtstag für die mündliche Verhandlung. Die schriftliche Vorverhandlung hat zum Zwecke, den Parteien Gelegenheit zu gewähren, durch außergerichtliche Mittheilungen die mündliche Verhandlung zur Hauptsache vor-

---

[1]) Vergl. §§. 207—213 der B. P. O. und die Regierungsmotive bei Leonhardt, Bürgerliche Proceßordnung, 3. Aufl., S. 155 flgde.

zubereiten und deren Gang zu beschleunigen; die Schriftsätze desselben stehen unter den gleichen formellen und materiellen Gesichtspuncten wie die schriftlichen Anträge, sind im Wesentlichen nicht anders wie diese und tragen gleich diesen einen, die mündliche Verhandlung vorbereitenden, nicht diese bestimmenden Character an sich, wie denn auch ihre Verhandlung, abgesehen vom Kostenpuncte, nicht sowohl Pflicht als Recht der Partei ist.

Das außergerichtliche schriftliche Vorverfahren bildet diesem nach nur einen Zusatz, eine Erweiterung des regelmäßigen Verfahrens, während das im §. 14 erwähnte schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung im grundsätzlichen Widerspruche mit dem regelmäßigen Verfahren an dessen Stelle tritt.

Bei der Bearbeitung und Berathung des Gesetzentwurfes ging man und nicht ohne Grund mit Rücksicht einmal auf die bisherige Gewöhnung an die schriftliche Verhandlung, zweitens auf die unter ähnlichen Verhältnissen an der Untergerichtsordnung von 1827 gemachten Erfahrungen, von der Befürchtung aus, daß das vom Gesetze als Ausnahmeverfahren hinzustellende außergerichtliche schriftliche Vorverfahren im praktischen Rechtsleben als Regelverfahren sich erweisen werde. Aus dieser Befürchtung erklärt sich auch die Vorschrift der Gebührentaxe, daß, wenn im ersten Termine einer ersten oder ferneren Instanz (Berufungsinstanz u. s. w.) der Rechtsstreit bis zur Abgabe des Endurtheils bez. des Beweisinterlocuts instruirt werde, für diesen Termin die doppelte bez. anderthalbfache Gebühr Platz greifen soll. In gleicher Weise wie hier, hat jedoch wohl nur selten die Annahme eines Gesetzgebers sich als unrichtig erwiesen; das außergerichtliche schriftliche Vorverfahren ist bei den Gerichten, insoweit überhaupt, in äußerst seltenen Fällen zur Anwendung gelangt. In den vom 1. Januar 1855 bis 1. Januar 1859 bei den Obergerichten Göttingen und Meppen anhängig gemachten Sachen kam dasselbe überhaupt nicht, in den im gedachten Zeitraume bei den Obergerichten Nienburg, Hameln und Goslar anhängig gewordenen 1191, 1840 und 356 — hier zu berücksichtigenden — Sachen je einmal zur Anwendung, während das Ausnahmeverfahren zum Regelverfahren im gedachten Zeitraume sich stellte bei den Obergerichten:

1) Stade wie 1 : 656.
2) Verden „ 1 : 364.
3) Lüneburg „ 1 : 360.

4)	Osterode	wie	1 : 194.
5)	Aurich	„	1 : 155.
6)	Lehe	„	1 : 122.
7)	Osnabrück	„	1 : 121.
8)	Dannenberg	„	1 : 111.
9)	Hannover	„	1 : 101.
10)	Hildesheim	„	1 : 82.
11)	Celle	„	1 : 55.

und wenn sämmtliche, während des erwähnten Zeitraums bei den Obergerichten überhaupt anhängig gemachten, hier einschlagende Sachen in Betracht gezogen worden, durchschnittlich ungefähr wie 1 : 152.

Eine Vergleichung des so eben vorgelegten mit dem früher im §. 16 mitgetheilten statistischen Material ergiebt unter anderen, daß:

1) wie beim Obergerichte Meppen das außergerichtliche schriftliche Vorverfahren so auch das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung nur einmal Statt fand;

2) bei den Obergerichten Stade und Verden beide Ausnahmeverfahren gleichmäßig selten zur Anwendung gelangten;

3) bei dem Obergerichte zu Lüneburg das erste Ausnahmeverfahren verhältnißmäßig seltener, das zweite dagegen häufiger (1 : 360 — 1 : 68), während sich dieses bei den Obergerichten zu Hannover und Hildesheim gerade umgekehrt verhält (1 : 101 — 1 : 727 und 1 : 82 — 1 : 575);

4) beim Obergerichte Celle von beiden Ausnahmeverfahren ein freilich nicht an sich, wohl aber im Vergleiche zu den übrigen Gerichten verhältnißmäßig häufiger Gebrauch gemacht wurde (1 : 55 — 1 : 69).

Aus den Präsidialberichten heben wir hervor:[1])

I. „Von den Bestimmungen des §. 207 ff. wird selten Gebrauch gemacht, weil, wenn die Verhandlung einmal begonnen hat, sowohl Parteien als Richter wünschen, dieselbe zu Ende zu führen. Aber die schriftliche Verhandlung der Replik kann den Nutzen haben, Anwälte und Richter in Stand zu setzen, sich vor dem Ter-

[1]) Vgl. auch §. 17 unter VIII, S. 73 flgde.

mine besser vorzubereiten, wodurch die Gründlichkeit der Verhandlung und Entscheidung befördert wird. Deshalb deren Einreichung zur Regel zu machen, scheint mir nicht erforderlich, denn in den meisten Fällen ist sie entbehrlich. Ich glaube, der Zweck läßt sich einfacher als durch die Vorschriften des §. 207 ff. und ohne Kosten erreichen, wenn dem Präsidenten die Befugniß ertheilt wird, in geeigneten Fällen den angesetzten Termin nach eingereichten Gegenanträgen zur kurzen Hand aufzuheben und statt dessen neben Ansetzung eines neuen Termins die schriftliche Verhandlung der Replik etwa unter dem Präjudize des Zugeständnisses des thatsächlichen Inhalts des Gegenantrags zu fordern.

Auf eine schriftliche Duplik wird es in sehr seltenen Fällen ankommen. Sollte sich demungeachtet in einem einzelnen Falle das Bedürfniß derselben herausstellen, so kann ebenso wie bei der Replik verfahren werden." (1855.)

II. „Das Verfahren dieses §. 207 ist früher in einigen Fällen zugelassen, indessen nicht für praktisch befunden und später nicht wieder gestattet. Oben ist bereits ausgeführt, daß und weshalb das mündliche Verfahren für sehr weitläuftige Sachen nicht passe, die in dieser Hinsicht gemachten Ausführungen treffen auch zu auf das Verfahren des §. 207 und namentlich ist es hier besonders schwer, die s. g. Congruenz des schriftlichen und mündlichen Vorbringens herbeizuführen, weil von jeder Partei nicht eine sondern zwei, und gewöhnlich reichhaltige, Schriften vorliegen und diesen meistens umfangreiche mündliche Vorträge der Parteien hinzukommen werden." (1855.)

III. „Das im §. 207 der bürgerlichen Proceßordnung verordnete Ausnahmeverfahren hat bis jetzt bei dem kleinen Senate nur in zwei Sachen stattgefunden, einer Erbschaftssache und einer Liquidationssache unter Kaufleuten. Obgleich beide Sachen ihrer anscheinend verwickelten Natur nach wohl dazu geeignet zu sein schienen, so ergab sich doch bei der ersten Sache späterhin, daß sie nach vollständig eingeholter Instruction auch ohne schriftliches Verfahren genügend hätte erörtert werden können, und in der zweiten Sache hat sich herausgestellt, daß die Dunkelheiten nicht durch Schriften-

wechsel, sondern durch Zuziehung eines Rechnungsverständigen aufgeklärt werden konnten.

Ueberhaupt zeigte es sich in beiden Sachen, daß die vorher angesetzten Fristen zu den schriftlichen Verhandlungen nicht inne gehalten wurden und die Schlußtermine zur mündlichen Verhandlung deshalb im Einverständnisse beider Theile oftmals weiter hinausgesetzt werden mußten.

Somit dürfte für die bei dem kleinen Senate anhängigen Sachen das Ausnahmeverfahren nur in äußerst wenigen Ausnahmsfällen sich empfehlen, zumal die Sachen dadurch nur unnöthig in die Länge gezogen werden, ohne daß die Gründlichkeit der Erörterung gefördert wird." (1855.)

IV. „Das in den §§. 207 ff. angeordnete außergerichtliche schriftliche Verfahren ist besonders geeignet für weitläuftige Rechnungs- oder solche Processe, die eine bedeutende Menge von Streitpunkten umfassen, bei denen daher eigentliche Repliken und Dupliken leichter vorkommen; die lästigen und zeitraubenden Constatirungen zu Protocoll werden dadurch vermindert. Außerdem erleichtert es die Vorbereitung zu den Verhandlungen sehr, wenn das ganze Sachverhältniß aus den verhandelten Schriftsätzen erhellt. Je besser die Vorbereitung, desto sicherer läßt sich die vergleichsmäßige Beseitigung eines bedeutenden Theils der Streitpuncte, oder wenigstens die Feststellung der Beweise im Wege der Vereinbarung erwarten und dadurch die Entscheidung vereinfachen. Die Vortheile der mündlichen und gleichzeitigen Verhandlung gehen dadurch in keiner Weise verloren.

Das Gesetz scheint durch das Gewicht, welches es auf das einseitige Begehren des Beklagten legt, und nach den Bestimmungen über die Fristen für die Vernehmlassung rc. vorauszusetzen, daß dies Ausnahmeverfahren der Regel nach vom Beklagten vor Einbringung der Gegenanträge beantragt werde. Nach den hiesigen Erfahrungen ist es aber meistens erst später, in dem zur Verhandlung der Sache angesetzten Termine, beantragt. Da die Vernehmlassung den Gegenanträgen im ordentlichen Verfahren ganz gleich steht, so würde der im Verhandlungstermine vor Einreichung der Gegenanträge gestellte Antrag auf schriftliches Verfahren zugleich ein Gesuch um Befristung mit Einbringung der Gegenanträge enthalten und sich

dann nicht immer mit Sicherheit beurtheilen lassen, ob die Sache wirklich dazu geeignet sei, oder nur Verzögerung bezweckt werde. Liegen aber die Gegenanträge bereits vor, so lassen sich die Schwierigkeiten der Sache in thatsächlicher Beziehung genügend übersehen. Der Vorsitzende kann dann eben so wohl wie die Parteien beurtheilen, ob eine weitere Aufklärung der Sache durch Einforderung der Replik und Duplik vor der Hauptverhandlung wünschenswerth sei. Gleichwohl gestattet das Gesetz ihm so wenig wie dem Gerichte die Befugniß der Anordnung dieses Verfahrens unabhängig von den Anträgen der Parteien, während das Gericht auch ohne solche das für die Parteien weit gefährlichere schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung nach §. 461 vorschreiben kann.

Die Einräumung dieser Befugniß im Verfahren vor den Obergerichten und Gewährung größerer Sicherheit für den Eingang der Schriftsätze als sie im §. 213 gegeben ist, würde meines Erachtens wünschenswerth sein. Die Anwälte sind, hier wenigstens, nicht sehr geneigt, das bei verwickelten Sachen sehr zweckmäßige Vorverfahren zu beantragen, vielleicht weil es ihnen mehr Mühe macht und etwas mehr Zeit kostet. Es ist auch nur vier- bis fünf-mal wirklich eingeleitet, während in schwierigen und verwickelten Sachen durch die Nothwendigkeit viele thatsächliche Verhältnisse, ohne Vorbereitung durch schriftliche Anträge, festzustellen, mehrfach unerwünschter Aufenthalt entstand, der sich sonst hätte vermeiden lassen. Auch die Sicherheit des Thatbestandes im Urtheile würde dadurch gewinnen." (1855.)

§. 23.

9. Das Beweisinterlocut.

Die bürgerliche Proceßordnung hat das gemeinrechtliche Beweisinterlocut beibehalten, d. h. eine richterliche Verfügung, welche unter Prüfung des Parteivorbringens Beweissatz, Beweislast und Beweisfrist festsetzt und so eine von der pars praeparatoria getrennte pars probatoria des Processes einleitet.

Die Verbindung des Beweises mit den Behauptungen ist nur ausnahmsweise geboten, die Anticipation des Beweises jedoch allgemein gestattet und den Parteien bei Vermeidung der Kosten des verzögerten Processes die Verpflichtung auferlegt, ihre Beweisurkun-

den sofort vorzubringen, über die dann auch der Gegner bei Vermeidung der Anerkennung der Urkunden sich sofort zu erklären hat.

Die Regierungsmotive haben sich ausführlich über die Gründe ausgesprochen, welche eine weitergehende Verbindung des Beweises mit den Behauptungen nicht räthlich erscheinen ließen und für den Fall, daß man die Verbindung des Beweises mit den Behauptungen anordnen wollte, bemerkt, daß den dem Gesetze zu Grunde liegenden Ansichten über den Grundsatz der Mündlichkeit und die Eventual-Maxime nur ein System entsprechen würde, wonach die Parteien spätestens am Schlusse der mündlichen Verhandlung den Beweis ihrer Behauptungen anzutreten hätten, in diesem Zeitpuncte aber auch sämmtliche, eine bestimmte Behauptung bezielende Beweise vorgebracht werden müßten [1]).

Ueber die wesentliche processualische Bedeutung des Beweisinterlocuts spricht sich der §. 218 der B. P. O. dahin aus:

„Das Gericht, welches das Beweisinterlocut erlassen hat, ist an dasselbe gebunden.

Dagegen unterliegt das Beweisinterlocut der Berufung, welche jedoch nur als vorbehaltene nach Maßgabe des §. 394 Platz greift."

Demgemäß behandelt das Gesetz das Beweisinterlocut nicht anomal, sondern ganz in Uebereinstimmung mit sonstigen Vorerkenntnissen. Es bindet den Richter der Instanz, in welcher dasselbe erlassen wurde, wofür außer Gründen allgemeiner Natur die Rücksicht auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung des Rechtsstreits vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern, mit großem Gewichte von den Regierungsmotiven geltend gemacht wird [2]). Dagegen greift die Berufung gegen das Beweisinterlocut nie, auch nicht ausnahmsweise — was nach den Vorschriften des §. 397 der B. P. O. rücksichtlich anderer Vorerkenntnisse der Fall sein kann — als sofortige Platz, es findet vielmehr die Ausführung der Beschwerde gegen das Beweisinterlocut nur gegen die Entscheidung der Hauptsache Statt, d. h. gegen das Endurtheil oder die nächste der sonstigen, sofortiger Berufung unterworfenen richterlichen Verfügun-

---

[1]) Leonhardt, Bürgerl. Proceßordnung, 3 Aufl., S. 159 flgde.
[2]) Leonhardt a. a. O. S. 163.

gen, mit welchen jene Beschwerde im entscheidenden Zusammenhange steht.

§. 24.

Die Vorschriften des §. 218 der B. P. O. über das Beweisinterlocut haben großen und fast allseitigen Beifall gefunden.

Von zwei Berichtserstattern, welche beide dem Verfahren der allgemeinen preußischen Gerichtsordnung lange Zeit nahe gestanden, hat der Eine dafür gehalten, daß die Vorschrift, wonach der Richter der Instanz an das Beweisinterlocut gebunden ist, sich nicht empfehle, während der Andere in umgekehrter Richtung es den Parteien zur Wahl stellen will, gegen das Beweisinterlocut sofort die Berufung zu erheben oder die Beschwerde gegen dasselbe erst mit der Berufung zur Hauptsache geltend zu machen. Ein dritter Berichtserstatter will mit Rücksicht auf das zu ausgedehnte Streitmaterial in der Berufungsinstanz, wodurch die Raschheit und Gründlichkeit des Verfahrens gar leicht gefährdet werden könne, gegen das Beweisinterlocut die Berufung als sofortige zulassen, während zwei andere Berichtserstatter die Frage, ob das Beweisinterlocut anderen Vorerkenntnissen, gegen welche nach Vorschrift des §. 397 der B. P. O. die Berufung als sofortige ausnahmsweise zulässig, gleich zu stellen sei, gründlich erwogen, aber nicht bejaht haben.

Aus den Berichten heben wir das Nachfolgende besonders hervor:

I. 1) „Die Bestimmung des §. 218, welche das Institut der vorbehaltenen Berufung auf Beweisinterlocute in der Art ausdehnt, daß die Beweisinterlocute für den Richter, welcher sie erläßt, bindend sein sollen, halte ich für den entschieden glücklichsten Griff, den man bei dem neuen Proceßgesetze gethan hat. Daß diese Bestimmung auf der einen Seite in vielfacher Hinsicht eine größere Garantie für die Parteien darin abgeben müsse, daß sie nicht durch eine unzeitige Rechtskraft der Beweisinterlocute zu einer Zeit, wo sich die Bedeutung der zum Beweise zu verstellenden Thatsachen vom Richter noch gar nicht vollständig übersehen läßt, beeinträchtigt werden, und daß dieselbe auf der andern Seite ganz vorzugsweise zur Abkürzung der Rechtsstreitigkeiten führen würde, das konnte von Anfang an nicht zweifelhaft sein; es mußte nur eine nicht unerheb-

liche Besorgniß entgegentreten, daß diese durchaus neue Vorschrift die Veranlassung zu vielen vergeblichen Beweisführungen werden und dadurch in anderer Richtung dasjenige wieder schlecht machen würde, was man in der obigen Richtung damit an Gutem stiften mußte. Ich kann nicht leugnen, daß ich mit einer wahren Spannung dem Erfolge dieser Vorschrift entgegengesehen habe, daß ich aber nach der gemachten Erfahrung der beiden hinter uns liegenden Jahre kein Bedenken trage, schon jetzt diese Vorschrift für den Glanzpunct unserer Proceßordnung zu erklären. Die Abkürzung ist in vollster Maße erreicht, indem allemal das nach dem früheren Verfahren wider die Beweisinterlocute nöthig werdende Rechtsmittel und der hiefür erforderliche bedeutende Zeitaufwand gespart wird; die obige Besorgniß aber hat sich als ungegründet, mindestens als übertrieben genugsam ausgewiesen. Die Fälle, wo ein Beweisinterlocut hätte wieder aufgehoben werden müssen, gehörten an sich schon zu den großen Seltenheiten, wobei vielleicht in Betracht kommt, daß die Parteien aus dem Ergebnisse der Beweisführung sich schon überzeugen, daß geringe Aenderungen im Interlocute, die sie etwa durchsetzen könnten, ihnen wenig förderlich sind, und sie deshalb schon in solchen Fällen von einem Antrage auf Aenderung abstehen. Da aber, wo wirklich eine Aenderung des Beweisinterlocuts ausnahmsweise nöthig wird, liegt meistens das Material für die Beweisführung bereits in den für das aufgehobene Interlocut hervorgezogenen Beweis- und Gegenbeweismitteln und pflegen dann meistens die Parteien statt weiterer Beweisführung einfach auf jenes Material Bezug zu nehmen, höchstens es zu completiren. Ein Fall, wo ein früheres Beweisverfahren wegen Unrichtigkeit des Beweisinterlocuts als ganz überflüssig bei Seite geworfen wäre, ist, soweit ich mich erinnere, im . . . . Civilsenate des Oberappellationsgerichts noch nicht vorgekommen.

Die Vortrefflichkeit der desfallsigen Bestimmungen scheint mir so unbestreitbar, daß ich bei diesem Gegenstande vorläufig nicht glaube länger verweilen zu brauchen." (1855.)

2) „Ich darf nicht unerwähnt lassen, daß im ... Senate neuerdings einzelne Fälle vorgekommen sind, wo in Anlaß der Vorschrift des §. 218 der bürgerlichen Proceßordnung recht umfassende Beweisführungen vergebens vorgenommen sind, so daß man wohl auf den Wunsch geleitet werden konnte, daß es eine Bestimmung geben

möge, danach bei Interlocuten, welche voraussichtlich umständliche Beweise im Gefolge haben und bei denen zugleich der Richter erster Instanz selbst sehr zweifelhaft ist, ob der höhere Richter dieselben bestätigen werde, ausnahmsweise und von Amtswegen schon eine sofortige Berufung anzuordnen, jenem ersten Richter gestattet werde. Berücksichtigt man andererseits aber, daß diese Fälle einer vergeblichen Beweisführung noch immer zu den großen Seltenheiten gehören, daß aber eine Bestimmung, wie die angedeutete, nur zu leicht eine große Lücke in das sonst so heilsame Princip des §. 218 bringen könnte, so wird man jenen Wunsch sicherlich lieber noch etwas in den Hintergrund drängen." (1856.)

3) „In neuerer Zeit sind die Fälle häufiger vorgekommen, wo bei von Haus aus zweifelhaften Beweisinterlocuten umfassende Beweise ganz vergeblich durchgeführt worden sind, indem in der Berufungsinstanz ausgesprochen wurde, daß es zur Beendigung des Rechtsstreits gar keiner Beweisauflage bedurft oder doch, daß diese ganz abweichend von derjenigen hätte ausfallen müssen, auf welche der Richter erster Instanz erkannt hatte. Bei mir ist durch diese häufigere Erscheinung die Frage rege geworden, ob es nicht zweckmäßig sein dürfte, in Fällen, wo wegen Zweifelhaftigkeit der Entscheidung in höherer Instanz eine Abänderung derselben leicht möglich, einen Ausweg zu statuiren, durch welchen, bevor zu dem umfassenden Beweisverfahren übergegangen werde, über den Bestand des Interlocuts der Ausspruch des höheren Richters herbeigeschafft werde. Es darf bei dieser Frage in Erinnerung gebracht werden, daß Beweisinterlocute zu denjenigen Entscheidungen gehören, bei denen das letzte alin. des §. 397 die Befugniß des Richters ausschließt, eine sofortige Berufung zuzulassen, auch wenn vor Abgabe desselben Seitens einer der Parteien darauf angetragen war. Ich bin gleichwohl nach wie vor zu einer Verneinung dieser Frage gekommen und zwar aus folgenden Erwägungen:

a) Wenngleich in dem einzelnen Falle das vergebliche Durchmachen einer umfassenden Beweisinstanz etwas sehr Unerwünschtes ist, so bildet dies völlig vergebliche Durchführen einer Beweisinstanz gegenüber dem früher stattfindenden vergeblichen Durchführen einer besonderen Rechtsmittelinstanz wegen des Beweisinterlocuts im großen Ganzen noch immer eine sehr seltene Ausnahme, selbst wenn jenes zeitenweise häufiger vorkommen sollte. Hat man also zu wäh-

len zwischen dem einen und andern Uebelstande, so bin ich noch immer keinen Augenblick zweifelhaft, daß im großen Ganzen — und darauf hat doch der Gesetzgeber zunächst und im Zweifel sein Augenmerk zu richten — der mit der unbeschränkten Zulassung der Berufung wider Beweisinterlocute vermachte Nachtheil, namentlich der der Verschleppung der Rechtsstreite bei Weitem der größere ist. Nun aber ist es

b) fast unmöglich, einen Mittelweg zu finden, durch den beide Uebelstände vermieden werden. Die Statuirung der ausnahmsweisen Zulassung der Rechtsmittel wider das Beweisinterlocut von dem einseitigen Antrage einer der Parteien abhängig zu machen, würde bald die frühere Regel wieder einführen; dieselbe vom übereinstimmenden Antrage beider Theile abhängig machen, würde da, wo keine gegenseitige Gereiztheit unter den Parteien vorliegt, namentlich in den Fällen, wo die Parteien den Rechtsstreit ganz den Anwälten überlassen haben, muthmaßlich zu demselben Resultate führen, daß nämlich die intendirte Ausnahme zur Regel würde, würde aber da, wo eine solche Gereiztheit vorliegt, nicht zu der Ausnahme führen, selbst wenn deren Eintritt im gegebenen Falle ganz erwünscht sein möchte; kurz dies Expediens würde gar nicht die zunächst intendirte Wirkung haben. Den Eintritt der Ausnahme aber von dem Beschlusse des Richters erster Instanz allein oder beim vorliegenden einseitigen Antrage einer der Parteien abhängig zu machen, empfiehlt sich ebensowenig, da der Ausspruch, daß sein Urtheil ihm selbst zweifelhaft erscheine, den Richter in eine ganz schiefe Position drängen würde, nicht zu gedenken, daß dies bei Collegialgerichten zu neuen Discussionen im Gerichte den Anlaß bieten würde, und da im Uebrigen in den wenigsten Fällen der Richter im Voraus mit Sicherheit wird übersehen können, ob eine Beweisinstanz viele Umstände für die Parteien herbeiführen werde oder nicht. Es tritt aber hinzu

c) daß die Parteien selbst, wenn sie sich die Umstände einer vergeblichen Beweisführung nicht machen wollen, dieses völlig in der Hand haben, ohne daß in der Hauptsache ihnen dadurch Nachtheil erwachsen kann, sie brauchen nur von den ihnen zu Gebote stehenden Beweismitteln irgend eines, etwa dasjenige, welches mit den geringsten Umständen vermacht ist, zu benutzen, sich sodann wegen verfehlten Beweises condemniren zu lassen und nunmehr die

Sache in der Art in die Berufungsinstanz zu bringen, daß sie principaliter das Interlocut und erst eventuell das Definitiv-Erkenntniß anfechten und für das letztere alle diejenigen Beweismittel namhaft machen, welche ihnen bereits in erster Instanz zu Gebote standen, welche sie indeß dort nicht vorbringen wollten, um keine vergebliche Schritte zu thun. Hier wird sich der Vorsitzende im Berufungsverhandlungstermine dem nicht entziehen können, zuvörderst über die vorbehaltenen Berufungsbeschwerden verhandeln und entscheiden zu lassen und erst, wenn das frühere Interlocut bestätigt wird, mit der Instruction der für die sofortige Berufung neu bestimmten, in erster Instanz zurückbehaltenen Beweise zu verfahren. Dadurch erlangt die Partei im einschlagenden Falle ganz dasselbe, was sie durch ein sofortiges Rechtsmittel wider ein zweifelhaftes Beweisinterlocut erreicht haben würde, nämlich: rechtskräftige Rectification des Interlocuts, ohne die Umstände einer weitläufigen Beweisführung in Betreff des unrichtigen Beweisurtheils erster Instanz gehabt zu haben, und ohne Gefahr gelaufen zu sein, für den Fall, daß das erste Beweisurtheil in der Berufungsinstanz wider Erwarten bestätigt worden wäre, den Gebrauch der bis dahin zurückbehaltenen Beweismittel zu verlieren. Höchstens büßt sie etwas Zeit und geeigneten Falls etwas an Kosten ein, wenn die vorbehaltene Berufung verworfen und lediglich auf Grund der neuen Beweise die sofortige Berufung für erheblich befunden werden sollte." (1858.)

II. „Der Grundsatz, welcher den Richter an das von ihm abgegebene Beweisinterlocut bindet, habe noch keine Unzuträglichkeiten herbeigeführt, das Institut des vorbehaltenen Rechtsmittels habe mehr wie alle anderen, dem neuen Proceßrechte eigenthümlichen Grundsätze zusammen, auf die rasche Erledigung der Processe eingewirkt; es lasse sich zwar nicht verkennen, daß die Gefahr eines unnöthigen Beweisverfahrens sich leicht im Gefolge jenes Grundsatzes befinden könne, allein erfahrungsmäßig verwirkliche sich diese Gefahr verhältnißmäßig nur selten; noch seltener gehen die Beweisresultate ganz nutzlos verloren und jedenfalls sei der durch jene Gefahr begründete Nachtheil verschwindend klein gegen den unendlichen Vortheil, welcher durch den vorläufigen Ausschluß der Be-

rufung für die Abkürzung des Verfahrens im Allgemeinen gewonnen werde." (1860.)

III. 1) „Daß nur eine vorbehaltene Berufung gegen das Beweisinterlocut Statt findet, führt nicht selten bedeutende Unzuträglichkeiten mit sich, doch ist der jetzige Zustand im Allgemeinen sehr viel besser, als damals, als das Beweisinterlocut rechtskräftig wurde. Vielleicht ließen sich durch eine Bestimmung dahin, daß auf Verlangen beider Theile gegen ein abgegebenes Beweisinterlocut die sofortige Berufung Statt finden solle, manche dieser Unzuträglichkeiten beseitigen." (1855.)

2) „Die Vorschriften des §. 218 über das Beweisinterlocut führen, wenn das Beweisinterlocut in der höheren Instanz geändert wird, bedeutende Unzuträglichkeiten mit sich. Dennoch glaube ich, daß die Vorschriften so bleiben müssen, wie sie sind, indem ich an ihrer Stelle Nichts vorzuschlagen vermag, was nicht noch größere Unzuträglichkeiten mit sich führte, es auch als ein großer durch die jetzigen Vorschriften über das Beweisinterlocut bedingter Vorzug des jetzigen Verfahrens vor jedem anderen, welches das Beweisinterlocut vor dem Beweisverfahren rechtskräftig feststellt, betrachtet werden muß, daß nach der Durchführung des Beweisverfahrens, wodurch sehr häufig über früher dunkele Thatsachen Licht verbreitet wird, es den Parteien noch freisteht, die Klage zu verbessern und neue Einreden vorzubringen, wodurch häufig dem materiellen Rechte der Sieg verschafft wird." (1858.)

IV. „Die Vorschrift des §. 218 der bürgerlichen Proceßordnung, daß das Beweisinterlocut für das Gericht bindend ist, nicht aber von den Parteien bei Meidung der Rechtskraft sofort angefochten zu werden braucht, hat sich in jeder Beziehung als zweckmäßig dargestellt. Die Bedeutung eines bloßen instructorii, welche jetzt das Interlocut hat, entspricht den Anforderungen der Gerechtigkeit. Schon oben habe ich erwähnt, wie schwer es oft den Anwälten ist, schon im ersten Verfahren ohne gründliche Kenntniß des Beweismaterials sich auf den richtigen juristischen Standpunct bei Beurtheilung eines Rechtsfalls zu stellen, und wie oft früher der Richter der Appellationsinstanz sich gestehen mußte, daß lediglich die Rechtskraft des Beweisinterlocuts eine an sich gerechte Sache ver-

loren machte. Es ist daher vortrefflich, daß das Interlocut an sich die Rechtskraft den Parteien gegenüber nicht sofort beschreitet. Aber auch in der Berufungsinstanz führt diese Vorschrift zu keinen erheblichen Inconvenienzen. Sind die Beschwerden gegen das Interlocut anscheinend und wird bei Erheblichkeit derselben die Verhandlung über die eventuellen, das Endurtheil und die Beweisführung bezielenden Beschwerden überflüssig, so wird jeder Vorsitzende sofort getrennte Verhandlung der Beschwerden verordnen und dadurch die Weitläufigkeit und Nutzlosigkeit der Verhandlungen verhindern. Außerdem werden in der Regel den Parteien durch eine vielleicht überflüssige Beweisführung bei Weitem nicht so viele Kosten veranlaßt, als wenn eine Rechtsmittelinstanz bezüglich des Beweisinterlocuts stattfände, ganz abgesehen davon, daß die Dauer der Processe durch das jetzige Verfahren bedeutend abgekürzt wird." (1855.)

V. „Die Bedeutung, welche dem Beweisurtheile im §. 218 gegeben ist, bewährt sich im Allgemeinen als recht zweckmäßig. Freilich sind auch die Fälle nicht gerade selten, wo in Folge reformatorischer Entscheidung des Berufungsrichters das Beweisverfahren der ersten Instanz ganz oder doch zum Theile ein vergebliches gewesen ist, sei es, daß die auferlegten Beweise ganz gestrichen oder daß sie verändert sind. Allein die Erfahrung zeigt, daß im Allgemeinen die Zahl derjenigen Berufungsurtheile, welche das Beweisurtheil bestätigen, erheblich größer ist, als die der reformatorischen Entscheidungen, mithin die Beweisführungen in erster Instanz schon deshalb nicht so oft vergeblich sein können, als die Berufungen gegen das Beweisurtheil es sein würden, wenn dieselben sofort gegen dasselbe verfolgt werden könnten. Sodann aber wird häufig auch, namentlich in solchen Fällen, wo der eine oder andere Theil durch die Fassung der Beweissätze sich beschwert hält, das Beweisverfahren der ersten Instanz ihm bereits die Ueberzeugung verschaffen, daß auch eine Aenderung der Beweisauflagen kein ihm günstigeres Resultat herbeiführen kann, und dann wird die zweite Instanz durch die Ergebnisse des Beweisverfahrens ganz vermieden. Aber auch der Berufungsrichter, und dieser Punct ist nach meiner Ansicht sehr zu berücksichtigen, bekommt oft erst durch die Ergebnisse der stattgehabten Beweisführung die richtige Uebersicht von dem wahren Verhalte der Sache und lernt erst dadurch die

Behauptungen und Darstellungen der Parteien gehörig würdigen. Es kann daher mit Grund behauptet werden, daß die Fälle, wo ein vorangegangenes Beweisverfahren in jeder Hinsicht als vergeblich sich darstellt, verhältnißmäßig selten sind.

Gleichwohl dürfte es immerhin Erwägung verdienen, ob nicht den Parteien die Möglichkeit eröffnet werden müsse, ausnahmsweise in den geeigneten Fällen vor der Beweisführung zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die zu führenden Beweise zu gelangen. Man könnte das vielleicht auf dem im §. 397 verzeichneten Wege für erreichbar halten und deshalb durch eine Aenderung der Wortfassung im zweiten Satze des §. 218 die Vorschrift des §. 397 auch auf Beweisinterlocute anwendbar machen wollen. Indessen ohne Bedenken scheint auch das nicht zu sein. Theils nämlich würde mit Rücksicht auf den §. 423 die Frage entstehen, bei welchem Gerichte (ob bei dem der ersten oder der zweiten Instanz) im Falle einer Reformatoria die Beweisführung stattfinden solle, und gerade für Fälle dieser Art würde die Auslegung des §. 423 einigen Zweifeln unterliegen. Entschiede man sich aber dahin, daß die Beweisführung vor dem Berufungsgerichte vor sich gehen müsse, so würde damit das ganze Beweisverfahren und die Entscheidung darüber, selbst in solchen Fällen, wo auch der Unterrichter auf Beweis erkannt hatte, auf nur eine Instanz reducirt sein. Daneben ist auch wohl die Besorgniß nicht ganz abzuweisen, daß in einzelnen nicht dazu geeigneten Fällen der Richter erster Instanz aus bloßer Bequemlichkeit dem Antrage auf Zulassung einer sofortigen Berufung stattgeben werde, um nur seinerseits das Beweisverfahren von sich abzuwenden.

Ich möchte daher, wenigstens noch zur Zeit, für eine Aenderung der gedachten Bestimmungen mich nicht erklären." (1855.)

§. 25.

10. Das Ungehorsamsverfahren und der Einspruch.

Das Gericht ist berufen, um über die vor ihm verhandelten Streitpuncte zu urtheilen; die Verhandlung und Entwicklung der Streitpuncte ist Sache der Proceßparteien; das Gesetz, nicht das Gericht, schreibt ihnen das „Wie" vor, sagt ihnen insbesondere, welche Nachtheile die Vernachlässigung seiner Gebote zur Folge habe.

Weder der allgemeine noch die besonderen Nachtheile versäumter Vorschriften bedürfen einer vorgängigen Androhung; sie sind kraft des Gesetzes verwirkt. Diese beiden Sätze bilden weitgreifende Regeln, neben denen jedoch Ausnahmen mit beschränktem Umfange bestehen. Der allgemeine Nachtheil, welchen der unbenutzte Ablauf von Proceßfristen mit sich führt, besteht in dem Ausschlusse mit der vorzunehmenden Handlung und der Verpflichtung zum Ersatze der durch Versäumung erwachsenen Kosten; in Betreff der besonderen Ungehorsamsnachtheile ist hervorzuheben, daß nicht allein Urkunden, deren Aechtheit nicht verneint ist, für anerkannt, sondern auch nicht bestrittene Thatsachen für zugestanden gelten.

Die Aufhebung der Folgen versäumter Proceßfristen erfolgt — wenn man davon absieht, daß durch das gegen rechtskräftige Urtheile ausnahmsweise gestattete außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand indirect die Folgen versäumter Nothfristen aufgehoben werden können — mittelst bloßen Nachholens des Versäumten im beschränkten Umfange, im weitern Umfange dagegen mittelst **Einspruchs**. Dieser findet Statt

erstens binnen bestimmter kurzer Frist, welche der Regel nach durch das Gesetz gegeben wird (eine Woche in amtsgerichtlichen Sachen, zwei Wochen in den vor den höheren Gerichten anhängigen Sachen), ausnahmsweise aber in der Ungehorsamsverfügung durch das Gericht festgesetzt werden kann, **ohne Rücksicht auf den Einspruch motivirende Gründe**;

zweitens nach Ablauf der gedachten Frist **nur unter der Voraussetzung scharf begränzter Umstände**, welche die Erhebung des Einspruchs binnen jener Frist verhinderten, und selbst dieses nur dann, wenn noch nicht bestimmte Zeiträume verflossen sind.

Im ersteren Falle wird der Einspruch als **ordentlicher**, im letzteren als **außerordentlicher** bezeichnet; der außerordentliche Einspruch kann als eine, den Gründen sowohl als der Zeit nach beschränkte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der zur Erhebung des ordentlichen Einspruchs bestimmten Frist aufgefaßt werden.

Der Einspruch findet nur gegen richterliche Ungehorsamsverfügungen Statt; demgemäß wird gegen den unbenutzten Ablauf der zur Erhebung von Rechtsmitteln gewährten Nothfristen, insbesondere der Berufungsfrist, Hülfe nicht gewährt. Allein auch nicht alle

Ungehorsamsverfügungen unterliegen dem Einspruche, der Einspruch findet vielmehr nur insoweit Statt, als das Gesetz dieses besonders gestattet. Der Einspruch findet der Regel nach nur Statt gegen Ungehorsamsverfügungen, wodurch, sei es die Hauptsache, sei es ein Nebenpunct, definitiv erledigt wird, ausnahmsweise jedoch auch noch gegen andere Ungehorsamsverfügungen. Bei Bestimmung der Fälle ist der Gedanke leitend gewesen, jedoch unter Beachtung höherer Rücksichten keineswegs consequent durchgeführt, daß Einspruch zu gestatten, insoweit nicht durch Berufung Hülfe zu gewähren, und umgekehrt.

Gegen Ungehorsamsverfügungen, welche dem Einspruche unterliegen, kann die hierzu berechtigte Partei eine Beschwerde im Wege der Berufung nur ganz ausnahmsweise geltend machen.

Sämmtliche Gerichtsvorsitzende bis auf zwei, deren Berichte aus früheren Jahren herstammen, haben sich für das dem ordentlichen Einspruche zum Grunde liegende Princip erklärt, nach welchem die Aufhebung der Ungehorsamsurtheile binnen bestimmter Frist, ohne besondere, die Versäumnung rechtfertigende oder entschuldigende Gründe erfolgen kann.

Hinsichtlich der vom 1. Januar 1855 bis 1. Januar 1859 anhängig gemachten Sachen stellte sich das Verhältniß des Einspruchs zu den Ungehorsamsurtheilen bei dem Obergerichte:

1) Lehe	wie	1 : 37.
2) Celle	„	1 : 13½.
3) Lüneburg	„	1 : 13.
4) Aurich 5) Meppen 6) Hameln	„	1 : 10.
7) Dannenberg	„	1 : 9⅓.
8) Hannover	„	1 : 9.
9) Goslar	„	1 : 8²/₇.
10) Osterode	„	1 : 7.
11) Nienburg	„	1 : 6½.
12) Hildesheim	„	1 : 6.
13) Osnabrück	„	1 : 5³/₇.
14) Göttingen 15) Stade 16) Verden	„	1 : 5.

und bezüglich sämmtlicher von den Obergerichten erlassenen Ungehorsamsurtheile durchschnittlich wie

$$1 : 7^3/_5.$$

Im vorgedachten Zeitraume wurden vom Oberappellationsgerichte 82 Ungehorsamsurtheile erlassen; wenn gegen 70 derselben Einspruch erhoben wurde, so kann das auffallend erscheinen, ist aber aus naheliegenden Gründen leicht erklärlich.

§. 26.

II. Die Urtheilsfällung.

In Betreff der, die Urtheilsfällung betreffenden Gerichtspraxis möchten die nachfolgenden Mittheilungen von Interesse sein:

1) Bei sämmtlichen höheren Gerichten mit einer, später jedoch weggefallenen Ausnahme sind für die einzelnen Sachen Referenten bestellt und diesen die Acten einige Zeit vor dem Verhandlungstermine zugestellt. Bei der Mehrzahl der Gerichte ist dieses Verfahren in allen Processen zur Anwendung gekommen, bei einigen indessen regelmäßig nur in den größeren und verwickelteren Sachen. Die Zustellung der Acten an den Referenten (oder Urtheilsfasser) erfolgte meist acht Tage vor dem Verhandlungstermine und die Rücksendung derselben an den Präsidenten regelmäßig am Tage vor dem Termine. Dieses Verfahren hat den Zweck gehabt, die Gründlichkeit der abzugebenden Entscheidung thunlichst zu fördern, und sich durchaus bewährt.

2) Die bestellten Referenten sind während der mündlichen Verhandlung behuf Fixirung des thatsächlichen Vorbringens insofern thätig gewesen, als sie, soweit solches nicht bereits durch den Vorsitzenden geschehen, durch Vorlegung von Fragen zur Aufklärung des Sachverhalts und Feststellung etwaiger Abweichungen des mündlichen Vortrags von dem Inhalte der vorbereitenden Schriftsätze mitgewirkt haben. Außerdem haben sie in geeigneten Fällen und soweit solches überhaupt erforderlich schien, die Hauptpuncte der Verhandlung notirt.

Oefters haben indessen auch der Präsident und die übrigen beisitzenden Richter für sich Notizen gesammelt, so daß alsdann eine besondere Thätigkeit des Referenten während der Verhandlung nicht stattgefunden hat.

3) Im Berathungszimmer haben die Referenten über die verhandelte Sache Vortrag gehalten. Dieser Vortrag hat indessen meistens nicht in einer eigentlichen, auch das Factum umfassenden Relation bestanden, sondern nur in einem motivirten Votum. Nach Belegenheit der Sache ist übrigens vom Referenten hin und wieder, zumal in thatsächlich verwickelten Sachen, seinem Votum eine kurze Darstellung des Sachverhalts — ähnlich einem Status causae — vorangeschickt.

4) In der ersteren Zeit der Geltung der bürgerlichen Proceßordnung scheint bei einer größeren Zahl der höheren Gerichte die sofortige Verkündigung der Urtheile im Termine der Hauptverhandlung die Regel gebildet zu haben. Später indessen, und bei einzelnen Gerichten schon seit dem Jahre 1852, sind regelmäßig nur in besonders eiligen Sachen, in Contumacialsachen, Neben- und Incidentstreitigkeiten und anderen einfachen Sachen die Urtheile sofort verkündigt, während in allen Sachen von größerem Umfange und in Sachen, deren Beurtheilung schwieriger war, die Eröffnung des Urtheils in einem späteren Termine erfolgt ist. Die Beschlußfassung geschah regelmäßig sofort nach beendeter mündlicher Verhandlung der Sache oder nach Schluß der öffentlichen Sitzung des betreffenden Tages. Je nach Umständen hat indessen auch die Beschlußfassung erst an einem der mündlichen Verhandlung zunächst folgenden Tage stattgehabt. Vor der Verkündigung hat bei den meisten Gerichten der Referent den Urtheilsentwurf dem Senate zur Prüfung und Billigung vorlegen müssen.

5) Die sofort im Verhandlungstermine verkündigten Urtheile sind in der Regel nicht in vollständiger Fassung eröffnet. Meistens ist indessen die Entscheidung nebst Gründen während der Berathung bereits concipirt und in der so festgestellten Form eröffnet.

Die nicht im Verhandlungstermine, sondern in einem späteren Termine eröffneten Urtheile haben der Regel nach zur Zeit der Publication in vollständiger Fassung vorgelegen; die Verkündigung ist aber meistens auf die Entscheidung und deren Gründe beschränkt und nur ausnahmsweise der Thatbestand mit verkündet worden.

6) Bei einzelnen Obergerichten sind die Urtheile stets in Gegenwart derjenigen Richter verkündigt, welche dieselben beschlossen und unterzeichnet hatten. Ausnahmen von dieser Regel sind alsdann selten oder nie vorgekommen.

Bei der größeren Mehrzahl der Obergerichte und in sämmtlichen Senaten des Oberappellationsgerichts dagegen ist öfters die Verkündigung wegen Behinderung einzelner Richter, welche das Urtheil beschlossen und unterzeichnet hatten, in Gegenwart anderer Richter erfolgt. Bei einzelnen Obergerichten ist alsdann unter das von den beschließenden Richtern unterschriebene Urtheil eine von den verkündenden Richtern unterschriebene Publicationsbemerkung gesetzt worden. Bedenken gegen die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens sind bei der Mehrzahl der Gerichte nicht erhoben und der Cassationssenat des Oberappellationsgerichts hat dasselbe ausdrücklich für zulässig erklärt.

§. 27.

12. Das amtsgerichtliche Proceß- und Mahnverfahren.

I. Das amtsgerichtliche Proceßverfahren ist im Wesentlichen dem obergerichtlichen gleich. Es gilt der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Amtsrichter; schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung ist ebensowenig zuläßig, als ein, die mündliche Verhandlung vorbereitendes außergerichtliches schriftliches Vorverfahren.

Abweichungen bestehen jedoch in nicht geringer Zahl, theilweise die Vereinfachung und Beschleunigung des Proceßganges bezielend, theilweise durch den Unterschied in der Besetzung der Gerichte und die Vertretung der Proceßparteien geboten. Damit, daß im amtsgerichtlichen Verfahren Anwaltszwang nicht Statt findet, ja selbst die Vertretung durch Männer, denen eine besondere Sorgfalt und Technik in der Behandlung der processualischen Geschäfte zuzutrauen, nur als Ausnahme betrachtet werden kann, hängt es zusammen, daß einmal den Proceßparteien eine Verpflichtung, zum Zwecke der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung schriftliche Anträge zu wechseln, im amtsgerichtlichen Verfahren nicht obliegt, und zweitens die geschäftliche Verbindung der Parteien unter sich und mit dritten Personen durch die Gerichtsvögte unter Mitwirkung der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts vermittelt wird.

Auf die Klaganträge, welche schriftlich überreicht oder zu Protocoll gegeben werden können, bestimmt der Amtsrichter die Audienz; doch können die Parteien an den ordentlichen Gerichtstagen auch

ohne Vorladung vor dem Amtsrichter erscheinen und über den Rechtsstreit verhandeln.

In der Audienz sind die Parteien zuvörderst vollständig von dem Amtsrichter zu hören, welchem es obliegt, die Verhandlungen zu leiten und auf deren Vollständigkeit hinzuwirken, insbesondere jedes unbestimmte und undeutliche Vorbringen durch Fragen aufzuklären, die Parteien zur Vornahme der ihnen obliegenden Handlungen aufzufordern und sie über die im Unterlassungsfalle eintretenden Rechtsnachtheile zu belehren.

Mißlingt sodann der nach Anhörung der Parteien anzustellende Güteversuch, so ist mit der protocollarischen Aufnahme der mündlichen Verhandlung zu verfahren, wobei jedoch die Vorträge der Parteien nicht ausführlich und einzeln, sondern nach dem Ergebnisse derselben nur das Wesentliche, insbesondere das Sachverhältniß, die Streitpuncte und Schlußanträge niederzuschreiben, auch die Bezugnahme auf etwa überreichte Schriftsätze nicht ausgeschlossen ist. Das aufgenommene Protocoll ist behuf der Genehmigung der Parteien zu verlesen und liefert sodann hinsichtlich des darin vermerkten Inhaltes vollen Beweis.

Wenngleich nach den seit dem Jahre 1853 erstatteten kronanwaltschaftlichen Berichten darüber überall kein Zweifel walten kann, daß auch das amtsgerichtliche Verfahren sich bewährt und im Laufe der Zeit immer größeren Beifall gefunden habe, so ist doch nicht zu verschweigen, daß nicht selten Klagen darüber laut geworden sind: es werde bei den Amtsgerichten nicht immer, wie bei den höhern Gerichten, im Geiste der bürgerlichen Proceßordnung verfahren; wenn Advocaten aufträten, lasse das amtsgerichtliche Verfahren häufiger die vom Gesetze gebotene Concentration der Verhandlung vermissen, indem eine Reihe von Terminen Statt fände, in welchen, wie nach dem früheren Proceßgesetze, Klage, Vernehmlassung, Replik und Duplik verhandelt würden; nothwendige Folge eines solchen Verfahrens sei, daß die von den Amtsgerichten verhandelten Processe weniger rasch und kostspieliger verliefen, als wenn sie bei dem Obergerichte anhängig gemacht worden wären. Wir möchten in dieser Beziehung den nachfolgenden Aeußerungen eines im Jahre 1855 von dem Vicepräsidenten eines Obergerichts erstatteten Berichts beitreten:

„Ich kann das Proceßverfahren der neuen bürgerlichen Proceß-

ordnung in jeder Beziehung nur als ein segensreiches bezeichnen. Ich bin überzeugt, daß die Mängel, die sich hin und wieder, namentlich bei den Amtsgerichten gezeigt haben, nicht sowohl in der Gesetzgebung, als vielmehr in dem falschen Verständniß derselben und auch wohl in einer Unbeholfenheit bei deren Anwendung ihren Grund haben. Es ist daher zu erwarten, daß mit der Zeit, namentlich wenn die Amtsgerichte erst von jüngeren, bei den Obergerichten ausgebildeten Richtern versehen werden, jene Mängel vollständig verschwinden.

Bei manchen Amtsgerichten, namentlich da, wo ältere, oder minder befähigte Amtsrichter fungiren, werden die Sachen in der Regel nicht mit der Raschheit erledigt, die vom Gesetze beabsichtigt ist. Es hat dieses seinen Grund darin, daß bei den Amtsgerichten in der Regel schriftliche Anträge nicht verhandelt werden, und es daher leicht sich ereignet, daß wegen des Vorbringens neuer Thatsachen Vertagung der Sache eintreten kann, hauptsächlich aber darin, daß die betreffenden Amtsrichter, welchen die Befolgung des §. 386 der bürgerlichen Proceßordnung zu schwierig ist, weitläuftige Protocolle aufnehmen, und zumal, wenn hierbei interessirte Advocaten auftreten, auf Antrag in der Ansetzung neuer Termine nicht difficil sind, somit aber ein Verfahren entsteht, welches dem alten Processe sehr gleich kommt. Meiner Meinung nach liegt aber hierunter die Schuld nicht im Gesetze, sondern lediglich in der persönlichen Beschaffenheit der betreffenden Amtsrichter, da gleichzeitig die Erfahrung lehrt, daß befähigte Amtsrichter die hervorgehobenen Uebelstände zu vermeiden wissen."

II. Das auf dem Gesetze vom 27. Juli 1852 beruhende Mahnverfahren hat sich wegen seiner Leichtigkeit, Einfachheit und Raschheit sofort im hohen Grade bewährt und im Laufe der Zeit einen so allgemeinen Beifall errungen, daß es, früher nur für Schuldsachen bis zu 50 ₰ bestimmt, durch das Gesetz vom 31. März 1859 bis zur Gränze der amtsgerichtlichen Competenz in Schuldsachen (150 ₰) ausgedehnt worden ist.

Der tägliche Verkehr ruft eine Masse von Rechtsverhältnissen hervor, welche vor die Gerichte gelangen, obwohl sie überall nicht streitig erscheinen und demgemäß einer richterlichen Entscheidung gar nicht bedürfen. Sie gelangen lediglich aus dem Grunde vor die

Gerichte, weil der Schuldner aus Saumseligkeit, Nachlässigkeit oder wegen Mangels augenblicklich bereiter Mittel, die von ihm in aller Maße anerkannte Forderung nicht berichtigt. Der Erledigung dieser Verhältnisse dient ein Verfahren, welches eigentliches Proceßverfahren nicht ist, aber als Mahnverfahren angemessen bezeichnet werden kann, weil in dem extrahirten Zahlungsbefehle für den Schuldner eine ernstliche Mahnung liegt, den Gläubiger zu befriedigen.

Mit dem, dem Gesetze zum Grunde liegenden Gedanken, einfache Verhältnisse einfach zu behandeln, stehen drei Puncte im näheren Zusammenhange:

1) Das Mahnverfahren ist nur gestattet; der Gläubiger kann wählen, ob er im Mahnverfahren oder im Proceßverfahren sein Recht suchen will;

2) der Schuldner hat es in seiner Macht, durch die einfache Erklärung des Widerspruchs das Mahnverfahren außer Wirksamkeit zu setzen; durch die Widerspruchserklärung tritt das Proceßverfahren neu ein, dem Mahnverfahren sich anschließend, nicht dieses in sich aufnehmend;

3) das Gericht ist wenigstens factisch dadurch in eine freiere Lage gebracht, daß die das Mahnverfahren bezielenden richterlichen Verfügungen der Anfechtung durch Rechtsmittel nicht unterliegen.

Das Mahnverfahren findet Statt behuf Geltendmachung persönlicher Forderungen, deren in bestimmten Geldsummen oder Quantitäten anderer vertretbaren Sachen bestehender Gegenstand den Werth von 150 ℔ nicht übersteigt, insofern nicht aus dem eigenen Vorbringen des Gläubigers selbst hervorgeht, daß die Forderung eine bestrittene sei.

Der Zahlungsbefehl kann schriftlich — und zwar mittelst einfach zu überreichenden Schriftsatzes — oder mündlich — unter Vermerkung des Wesentlichen im Register der Zahlungsbefehle — erbeten werden. Bei unbegründetem Antrage wird ohne Weiteres das Proceßverfahren eingeleitet, bei begründetem Antrage erfolgt dagegen die Ausfertigung formularmäßig mit der Aufforderung, binnen zweiwöchiger Frist den Gläubiger wegen der Forderung und Proceßkosten, auch etwaiger Zinsen zu befriedigen oder Widerspruch zu erheben. Im letzteren Falle wird ohne Weiteres das Proceßverfahren eingeleitet, während bei nicht erfolgtem Widerspruche auf Antrag des Gläubigers der diesem zugefertigte, mit der Behändi-

gungsurkunde versehene, wieder einzuliefernde Zahlungsbefehl einfach für vollstreckbar erklärt wird, worauf sodann, in Sachen nicht über 50 ₰ selbst ohne voraufgegangenes Zahlungsgebot, die Zwangsvollstreckung durch Pfändung u. s. w. vor sich geht. Mit der Vollstreckbarkeitserklärung des Zahlungsbefehls ist übrigens das Mahnverfahren als solches erledigt, indem alle späteren Vorgänge, insbesondere Nebenverhandlungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz unter die Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung fallen.

Das Register der Zahlungsbefehle bildet die Gerichtsacten über sämmtliche Mahnverfahren bei den Gerichten und die gerichtlichen Verfügungen concentriren sich auf einen Bogen, das dem Gläubiger zuzufertigende Original des Zahlungsbefehls.

§. 28.

13. Die Berufung.

Die bürgerliche Proceßordnung kennt nur zwei Instanzen und die Berufung als das ordentliche Rechtsmittel, mittelst dessen das Recht auf die zweite Instanz geltend gemacht wird [1]).

Sie findet in Sachen über 10 Thalern ohne Rücksicht auf eine Beschwerdesumme gegen alle richterlichen Verfügungen Statt, durch welche einer Partei mittelst Verwerfung ihrer Anträge oder Gewährung der gegnerischen Anträge eine Beschwerde zugefügt worden, insofern sie nicht durch das Gesetz hinsichtlich einzelner dieser Verfügungen ausgeschlossen ist [2]).

Der sofortigen Berufung unterliegt das Endurtheil, sonstige Verfügungen aber nur ausnahmsweise, insofern ganz überwiegende Gründe die sofortige Geltendmachung der Beschwerde erheischen. Die richterliche Verfügung, wodurch Haupteide oder Nebeneide nor-

---

[1]) Die B. P. O. kennt außerdem das Rechtsmittel der Beschwerde wider das Gericht, welches jedoch für die eigentliche Verhandlung der Streitsache fast ohne Bedeutung ist.

[2]) Diese Ausnahmen beruhen theils auf der Concurrenz anderer Rechtsbehelfe, der Beschwerde wider das Gericht, der Gegenvorstellung und des Einspruchs, insofern diese die Berufung ausschließen; theils auf der Qualität der richterlichen Verfügungen, indem gegen eine große Reihe derselben wegen der verhältnißmäßig geringen Erheblichkeit derselben Rechtsmittel überhaupt unzuläßig sind.

mirt werden, ist von diesen, der sofortigen Berufung unterworfenen Verfügungen besonders hervorzuheben. — Alle übrigen Verfügungen unterliegen nur der vorbehaltenen Berufung, indem die Ausführung der Beschwerde nur Statt hat gegen die Entscheidung der Hauptsache, d. h. gegen das Endurtheil oder die nächste der sonstigen, sofortiger Berufung unterworfenen richterlichen Verfügungen, mit welcher jene Beschwerde im entscheidenden Zusammenhange steht. Es kann jedoch das Gericht auf Antrag ausnahmsweise verordnen, daß gegen eine an sich der sofortigen Berufung nicht unterliegende Verfügung die Berufung als sofortige Statt finde, wenn es mit dem Antragsteller dafür hält, daß der ihm durch diese Verfügung erwachsende Nachtheil der Art sei, daß derselbe ohne sofortige Ausführung der Beschwerde entweder gar nicht, oder doch nur schwer beseitigt werden könne[1]).

Die Berufung geht stets an ein und dasselbe festbestimmte Gericht; von den Amtsgerichten an den kleinen Senat des vorgesetzten Obergerichts; von den kleinen Senaten an den großen Senat desselben bez. eines anderen Obergerichts[2]), von den großen Senaten der Obergerichte an das Oberappellationsgericht.

Hinsichtlich ihrer eigentlichen processualischen Bedeutung weicht die Berufung von der Appellation, wie sie sich im gemeinen und particularen deutschen Proceßrechte gestaltet hat, als ein Recht auf Nachprüfung und Berichtigung des Urtheils erster Instanz vom Gesichtspunkte der Frage, ob gerecht geurtheilt, das dem Richter der ersten Instanz vorgelegte Material richtig beurtheilt sei, weit ab, tritt dagegen der Appellation des neueren römischen Rechts ganz nahe. Die Berufung ist ein Recht auf Gewährung eines neuen Judicium an der Stelle des ersten, ein Recht auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen, regelmäßig höheren Richter. Wenn nun die Identität des Rechtsstreits gewahrt, die wesentlichen Grundlagen des neuen Judicium dieselben bleiben, steht es den Parteien frei, neue Thatsachen wie neue Beweise für die Berufungsinstanz im weitesten Umfange und ohne Rücksicht darauf, ob sie schon in der ersten Instanz hätten vorge-

---

[1]) Die betreffenden legislativen Gesichtspunkte sind näher entwickelt von Leonhardt Lehre von der Berufung S. 19 flgde.

[2]) Dieses letztere ist der Fall, wenn das Erstinstanzrecht ein kleines Obergericht ist, deren es zwei giebt.

bracht werden können und sollen, zu benutzen. Dem tritt noch ein sehr ausgedehntes Recht der Anschließung hinzu, indem es dem Berufungsbeklagten, ohne Rücksicht auf den Ablauf der Berufungsfrist, so wie eine vor der Kundmachung der Berufung etwa zu erkennen gegebene Unterwerfung, gestattet ist, der erhobenen Berufung sich anzuschließen, ohne daß es auf Zusammenhang seiner Beschwerden mit den in den Berufungsanträgen gestellten ankäme.

Gleich wesentlich abweichend von den früheren Proceßzuständen sind die Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung, welche die s. g. innere Competenz des Berufungsrichters (Umfang und Dauer des Devolutiveffekts) bezielen. — Wird die Berufung zuläßig und die Beschwerden gegründet befunden, so soll das Berufungsgericht sich nicht auf die Erledigung der letzteren beschränken, vielmehr hat das Verfahren und die Entscheidung sich zu erstrecken:

1) auf alle die Streitpunkte, über welche bisher aus dem Grunde nicht erkannt worden ist, oder nicht erkannt zu werden brauchte, weil sie in Gemäßheit der aufgehobenen Entscheidung nicht in Betracht kamen;
2) auf alle solche Streitpunkte, über welche in dem angefochtenen Erkenntnisse eine Entscheidung abgegeben war, welche jedoch der eine oder der andere Theil bei dem Fortbestehen der aufgehobenen Entscheidung nicht anfechten konnte, weil es ihm an einem die Berufung begründenden Interesse fehlte.

Auch hat das Berufungsgericht über jeden zu seiner Beurtheilung erwachsenen Streitpunkt, nach Anordnung und Durchführung eines etwa erforderlichen Beweisverfahrens, endlich zu entscheiden, selbst wenn über denselben in erster Instanz entweder überhaupt nicht, oder doch nicht umfassend verhandelt worden war, oder die Beschwerde lediglich die Verletzung oder nicht gehörige Beobachtung processualischer Vorschriften betraf[1]).

§. 29.

Nach den Präsidialberichten kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß die neuen Grundlagen, auf welchen das Verfahren der

---

[1]) §§. 422 423 der B. P. O. — vgl. auch §§. 424. 425 der B. P. O.

zweiten Instanz sich bewegt, im Allgemeinen sich vollkommen bewährt haben.

Die Beschränkung der drei Instanzen auf zwei ist nur von einem einzigen Berichtserstatter in so fern angegriffen worden, als es ihm angemessen erscheint, daß in dem Falle, wenn zwei Gerichte verschiedene Entscheidungen abgegeben haben, ein drittes Gericht angegangen werden dürfe. Zwei Berichtserstatter — unter ihnen ein Vorsitzender im höchsten Landesgerichte — haben sich dafür erklärt, daß die Berufung an das höchste Landesgericht durch eine Beschwerdesumme bedingt werden möge.

Das Proceßinstitut der vorbehaltenen Berufung hat allgemeinen Beifall gefunden. Ein Berichtserstatter glaubt, daß es sich mehr empfehlen werde, wenn die vorbehaltene Berufung mit der nächsten sofortigen Berufung ohne Rücksicht auf materiellen Zusammenhang verfolgt werde, und ein anderer hat, wie bereits früher bemerkt worden, dafür gehalten, daß es sich empfehlen werde, das Beweisinterlocut der sofortigen Berufung zu unterwerfen.

Auch die Vorschriften über die erweiterte Zuständigkeit des Berufungsrichters haben sich des Beifalls zu erfreuen gehabt, indem nur der eine Punkt, daß nämlich diese Vorschriften an sich wie in Verbindung mit anderen Bestimmungen der bürgerlichen Proceßordnung häufiger eine Verletzung des Princips zweier Instanzen mit sich führen, bei mehreren Berichtserstattern erheblichere Bedenken hervorgerufen hat. Die meisten derselben haben aber daneben erklärt, daß ihnen praktische Unzuträglichkeiten als Folge der von ihnen gehegten Bedenken nicht entgegen getreten seien, und sie eine Aenderung der Gesetzgebung in diesem Punkte nicht anrathen möchten. Nur ein einziger Berichtserstatter hat in zwei verschiedenen Berichten eine solche Aenderung entschieden begehrt.

---

1. Wenn man die während der Zeit vom 1. Januar 1855 bis 1. Januar 1859 bei den großen Senaten der Obergerichte anhängig gemachten Sachen erster Instanz mit den, während des gedachten Zeitraums beim Oberappellationsgerichte anhängig gemachten Berufungen vergleicht, so ergiebt sich das Verhältniß der Berufungs- zu den Erstinstanzsachen wie ungefähr

$1 : 3\frac{3}{4}$.

2. Vergleicht man die während des erwähnten Zeitraums einerseits bei den großen, andererseits bei den kleinen Senaten der Obergerichte anhängig gemachten Berufungen bez. Sachen erster Instanz, so stellt sich ein Verhältniß heraus wie ungefähr:

1 : $6^2/_3$

und bei den einzelnen Obergerichten:

1.	Aurich	wie	1 : $17^1/_3$.
2.	Göttingen	„	1 : $10^1/_2$.
3.	Hannover und Hameln . .	„	1 : $9^3/_4$.
4.	Lüneburg und Dannenberg	„	1 : $8^2/_3$.
5.	Nienburg	„	1 : 7.
6.	Osnabrück	„	1 : 6.
7.	Verden und Lehe	„	1 : $5^1/_2$.
8.	Hildesheim und Goslar . .	„	1 : $5^1/_3$.
9.	Meppen	„	1 : $5^1/_4$.
10.	Osterode	„	1 : $4^3/_4$.
11.	Celle	„	1 : $4^2/_3$.
12.	Stade	„	1 : $3^1/_5$.

3. Vergleicht man schließlich die während des erwähnten Zeitraums bei den Amtsgerichten angemeldeten Berufungen mit den von den Amtsgerichten erledigten Civilproceßsachen — abgesehen vom Mahnverfahren — so ergiebt sich ein Verhältniß wie ungefähr:

1 : 28

und auf die einzelnen Obergerichtsbezirke gesehen für:

1.	Göttingen	wie	1 : $42^1/_4$.
2.	Aurich	„	1 : $36^1/_3$.
3.	Verden	„	1 : $35^3/_4$.
4.	Osterode	„	1 : $33^4/_5$.
5.	Hildesheim	„	1 : $33^2/_3$.
6.	Celle	„	1 : $33^1/_2$.
7.	Dannenberg	„	1 : $32^3/_4$.
8.	Hannover	„	1 : 29.
9.	Lehe	„	1 : 24.
10.	Nienburg	„	1 : 24.
11.	Lüneburg	„	1 : $23^4/_5$.
12.	Osnabrück	„	1 : $23^1/_3$.
13.	Stade	„	1 : $18^4/_5$.
14.	Meppen	„	1 : 18.

15. Goslar „ 1 : 17½.
16. Hameln „ 1 : 17½.

§. 30.

Wir fügen dem Obigen die nachfolgenden speciellen Mittheilungen aus den Präsidialberichten hinzu:

I. [1]) „Als ein ferneres sehr wirksames Mittel, die Raschheit des gerichtlichen Verfahrens zu fördern, tritt in der bürgerlichen Proceßordnung die darin angedeutete Beschränkung der Instanzen und des Gebrauchs der Rechtsmittel hervor.

Sie beschränkt, mit einer einzigen, selten vorkommenden, Ausnahme, die Zahl der Instanzen auf Zwei, und läßt, abgesehen von den außerordentlichen Rechtsmitteln der Nichtigkeitsbeschwerde und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, welche als Restitutionsklage jedoch in erster Instanz anzubringen ist, nur drei Rechtsmittel zu, nämlich die Berufung, den Einspruch und die einfache Beschwerde. Von diesen drei ordentlichen Rechtsmitteln kann indeß bei der Frage: ob durch den Gebrauch derselben die Gründlichkeit der Entscheidung gefährdet werde? weder der Einspruch noch die „Beschwerde" in Betracht kommen, da sie höchst untergeordneter Art sind, und sie theils, wie der Einspruch, nur den Zweck haben, das materielle Recht zu fördern und zur Geltung zu bringen, theils, soviel die „Beschwerde" betrifft, die Gründlichkeit der Entscheidung durch das hinsichtlich derselben vorgeschriebene schriftliche Verfahren hinlänglich gesichert ist.

Es bleibt also, in Betreff der hier vorliegenden Frage, allein das ordentliche Rechtsmittel der Berufung zu berücksichtigen übrig.

Der Gebrauch dieses Rechtsmittels wird zunächst in Folge der Unzulässigkeit mehrerer, als zweier Instanzen, auf eine einzige Instanz beschränkt. Sodann widerfährt der Berufung aber noch eine anderweite außerordentliche Beschränkung, indem der wiederholte Gebrauch derselben mit geringen Ausnahmen in dem näm-

---

[1]) Indem wir diesen, aus dem Jahre 1855 herrührenden, auch besonders durch große Klarheit sich auszeichnenden Bericht mittheilen, bemerken wir, daß die in demselben berührten Geschäftszustände des betr. Civilsenats schon seit langer Zeit sich geändert haben und der fragliche Civilsenat wie die übrigen die Termine regelmäßig nicht über zwei Monate hinaus ansetzt.

lichen Rechtsstreite ausgeschlossen ist. Mittelst der Berufung wird nämlich der ganze Rechtsstreit mit allen zur fernerweiten Instruction desselben erforderlichen Handlungen und Verfügungen, sie mögen bereits schon in Frage gekommen sein, oder ganz neue thatsächliche Verhältnisse und Streitpuncte betreffen, bis zur endlichen Entscheidung der Sache und einschließlich derselben an das Berufungsgericht devolvirt. Selbstfolge hiervon ist, da es an einer fernerweiten Berufungsinstanz fehlt, die Unmöglichkeit, von diesem Rechtsmittel, mindestens in der Regel, einen wiederholten Gebrauch in einem und demselben Processe zu machen. Es wird auf solche Weise einem großen Uebelstande des ältern Processes, nämlich die so häufige Recurrenz der Sache an die Berufungsinstanz, abgeholfen, welche den processualischen Gang der Sache verweitläuftigte, verwickelte und sowohl der schnellen Beendigung des Processes als der gründlichen Entscheidung desselben gleich nachtheilig und hinderlich war.

Durch die in der bürgerlichen Proceßordnung getroffene Unterscheidung zwischen sofortiger und vorbehaltener Berufung wird gleichfalls der Zweck, den häufigen Gebrauch der Berufung und deren Wiederkehr in dem nämlichen Processe zu verhindern, erreicht und gefördert.

Die Frage nun, ob die hervorgehobenen Beschränkungen der Instanzen im Allgemeinen und des Gebrauchs der Berufung insbesondere, eine gründliche Entscheidung des Rechtsstreits gefährden? dürfte nicht unbedingt, sondern nur unter der Voraussetzung einiger in den Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung zu treffenden Modificationen, zu verneinen sein.

Was zuvörderst die allgemeine Beschränkung der Instanzen auf Zwei betrifft, so läßt sich nicht verkennen, daß eine mehrfache und vielseitigere Prüfung und Beurtheilung einer Streitsache zu der Aufklärung des thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisses derselben sehr viel beitragen und eine richtigere Entscheidung herbeiführen kann, als eine einmalige Berathung ergeben hat. Zwei Instanzen sind daher mindestens erforderlich, um die Gründlichkeit und Richtigkeit der Entscheidung zu sichern. Ob aber zu diesem Zwecke noch eine weitere Instanz nothwendig sei? scheint von mancherlei verschiedenartigen Verhältnissen und zu nehmenden Rücksichten abzuhängen. Theils kommt die besondere Qualität der Sache im einzelnen Falle, theils die Zahl und die Qualification der Richter, mit welchen die

Gerichte der ersten und der zweiten Instanz besetzt sind, theils die Art und Weise, wie überhaupt das gerichtliche Verfahren geordnet und wie insbesondere die Berathung und Urtheilsfällung geregelt ist, wesentlich in Betracht. Ist in allen diesen Beziehungen nichts von Bedeutung zu erinnern und Alles zweckmäßig geordnet, so dürfte die Gründlichkeit der Entscheidung hinlänglich verbürgt sein und eine dritte Instanz nicht als nothwendig geboten erscheinen. Im entgegengesetzten Falle, besonders wenn sich in Betreff jener Voraussetzung mehrere bedeutende Mängel vereint zeigen, wird entweder diesen Mängeln abgeholfen, oder wenn dies nicht thunlich ist, ein weiterer Rechtsgang gewährt werden müssen.

Ohne in Einzelnheiten hier einzugehen, glaube ich mich indessen dahin aussprechen zu dürfen, daß meiner Ansicht nach das Organisations-Edict und die bürgerliche Proceßordnung für die Erreichung einer gründlichen Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten im Allgemeinen insoweit genugsam gesorgt haben, daß es einer Vermehrung der Instanzen zu diesem Zwecke nicht bedarf.

Nur die Beschränkung des Gebrauchs der Berufung, verbunden mit der Art und Weise, wie die bürgerliche Proceßordnung die Berufungsinstanzen geordnet und normirt hat, geben in der fraglichen Beziehung zu einigen nicht unerheblichen Bedenken Veranlassung, welche jedoch, ohne dem festgestellten Principe zweier Instanzen Eintrag zu thun, gehoben werden können. Sie haben hauptsächlich ihren Grund in dem ungemein ausgedehnten objectiven Umfang, den die neue Proceßordnung dem Rechtsmittel der Berufung gegeben hat.

Die unbedeutende Appellations-Summe von 10 ₰ kann in dieser Beziehung kaum als eine beschränkende Bestimmung in Betracht kommen, und selbst die die Zuläßigkeit der Berufung an das Oberappellationsgericht bedingende Vorschrift: daß sie nur gegen Erkenntnisse der großen Senate der Obergerichte statthaft sei, kann als eine wesentliche dem Gebrauch dieses Rechtsmittels genügende Beschränkung nicht angesehen werden. Denn wenngleich die Zuständigkeit der großen Senate der Obergerichte davon abhängig ist, daß der Werth des Streitgegenstandes die Summe von 300 ₰ übersteigt, und also ein ursprünglicher Streitgegenstand von gleichem Werthe zur Begründung der Zuläßigkeit der Berufung an das Oberappellationsgericht erforderlich ist, so verliert diese beschränkende

Bestimmung doch dadurch sehr an ihrer Bedeutung, daß wenn der Gegenstand der Beschwerde durch die Entscheidung erster Instanz auf einen bei Weitem geringeren, aber 10 ℛ übersteigenden Werth reducirt worden ist, nichtsdestoweniger die Berufung sich als zulässig darstellt.

Ganz besonders aber sind die Grenzen, innerhalb welcher sich die Berufungsinstanz bewegt, dadurch erweitert, daß sie den Rechtsstreit in allen seinen Theilen an sich zieht, und in sich concentrirt, ohne Unterschied, ob das demselben unterliegende Material schon in erster Instanz vorgebracht und berücksichtigt worden ist, oder nicht. Neue Thatumstände wie neue Beweismittel, ganz neue Einreden, Repliken u. s. w., kurz Alles, was die Parteien zur Begründung ihrer Ansprüche oder zu ihrer Vertheidigung für angemessen halten, können sie mit sehr wenigen Ausnahmen oder Einschränkungen noch in letzter Instanz geltend machen. Das Berufungsgericht hat sogar in dem Falle, wenn es die Berufungsbeschwerden für begründet hält, das Verfahren und seine Entscheidung auf Streitpuncte zu erstrecken, über welche in erster Instanz noch nicht erkannt ist, oder über deren Entscheidung der Berufene nach Lage der Sache keine Veranlassung gehabt hat, sich zu beschweren. — Ueberdies ist diesem die Anschließung an die Berufung seines Gegners unbedingt gestattet.

Welche Ausdehnung die Verhandlung und das Verfahren durch eine solche Anhäufung des Streitmaterials in der Berufungsinstanz erhält, ist von selbst einleuchtend. Sie wird noch dadurch vergrößert, daß gleichzeitig mit der *sofortigen* Berufung die *vorbehaltene* verbunden werden muß und zur Entscheidung gebracht wird.

Es ist nicht zu verkennen, daß durch eine solche außerordentliche Erweiterung des Umfangs der Berufungsinstanz an und für sich das materielle Recht gefördert werden muß, und daß den beschränkenden Bestimmungen der bürgerlichen Proceßordnung hinsichtlich der Zulässigkeit und des Gebrauchs des in Rede stehenden Rechtsmittels ein bedeutendes dieselben rechtfertigendes Gegengewicht gegeben wird. Allein andererseits scheint das Uebermaß dieses Gegengewichts nicht nur die wünschenswerthe Raschheit des Verfahrens zu sehr zu paralisiren, sondern auch selbst in mehrfacher Beziehung eine höchst nachtheilige Einwirkung auf die Gründlichkeit der Ent-

scheidung üben zu können. Alle wichtigeren, umfangreicheren und verwickelten Rechtsstreitigkeiten gelangen aus dem ganzen Königreiche neben geringfügigen und einfachen Sachen regelmäßig an das Königliche Oberappellationsgericht, denn selten wird sich die unterliegende Partei bei der ihr ungünstigen ersten Entscheidung beruhigen, ohne einen zweiten Rechtsgang zu versuchen. Auf die unbedeutendern einfachen Sachen kann der weite Spielraum, den die bürgerliche Proceßordnung der Berufung gestattet, keinen weitern nachtheiligen Einfluß von besonderer Erheblichkeit äußern, als daß die Menge derselben die zur Erledigung der größeren und wichtigen Sachen erforderliche Zeit bedeutend beschränkt. Dagegen sind in Beziehung auf die Letztern die Folgen jener Anordnung in vielfachen Rücksichten von höchst nachtheiliger Einwirkung auf eine prompte und gründliche Rechtspflege.

Durch die fast unbegrenzte Vergrößerung des Streitmaterials in der Berufungsinstanz wird eine außerordentliche Verweitläuftigung und Verwicklung der Verhandlung in den öffentlichen Sitzungen herbeigeführt, und wo sie schon vorhanden war, in hohem Grade vermehrt. Treffen bei der Verhandlung eines Processes Nova mancherlei Art, neue Einreden, Repliken u. s. w., neue Beweismittel, vorbehaltene Berufungs-Beschwerden, Anschließungen ꝛc. in der Berufungsinstanz mit den Beschwerden, die zu der sofortigen Berufung Veranlassung gegeben haben und zu deren Begründung und Rechtfertigung benutzt werden sollen, zusammen, so wird es oft schwer, sich in diesem Chaos zurecht zu finden, eine klare Ansicht von der Sache aufzufassen und ein zutreffendes, richtiges Urtheil unter genauer Berücksichtigung des ganzen in Frage stehenden thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisses zu fällen. Es kommt hinzu, daß durch die langdauernden, ermüdenden Verhandlungen und Berathungen eine Abspannung der Geisteskräfte eintritt, welche der Gründlichkeit der Entscheidung die größte Gefahr bringen muß.

Nicht immer wird durch getrennte Verhandlung und Berathung einzelner Streitpuncte diesem Uebel abzuhelfen sein. Der Zusammenhang, in welchem sie mit einander stehen, gestattet eine solche Trennung selten. Zudem nimmt eine getrennte Verhandlung und Berathung weit mehr Zeit in Anspruch als eine ungetrennte. Diese steht aber dem Oberappellationsgerichte, dessen tägliche Sitzungen oft fünf Stunden und darüber hinaus dauern, wenig zu Gebote und sie ist

in den mehrsten Fällen schon deshalb nicht aufzufinden, weil die ganze Sitzungszeit, namentlich des ... Senats, durch Termine, die schon jetzt 8 Monate weit hinaus haben angesetzt werden müssen, in Anspruch genommen wird. Kann die Berathung der verhandelten Sache nicht sofort vorgenommen und beendigt werden, nachdem die Verhandlung geschlossen worden ist, — und dieser Fall tritt nicht selten ein — so kann die Fortsetzung derselben, wegen anderer bereits anstehender Termine, oft erst nach mehreren Tagen stattfinden. Dies hat den Nachtheil zur Folge, daß Manches, was in der mündlichen Verhandlung vorgekommen ist, und bei der Entscheidung der Sache von Wichtigkeit ist, aus dem Gedächtnisse der urtheilenden Richter verschwunden ist, oder bei der Berathung unbeachtet bleibt. Die Gründlichkeit der Entscheidung wird dadurch um so mehr gefährdet, als durch neues Vorbringen mancherlei Art in dem mündlichen Verhandlungstermine der ganze Rechtsstreit oftmals eine von der ursprünglichen sehr abweichende neue Wendung und Richtung erhält, und die richtige Auffassung des veränderten status causae et controversiae auf solche Weise sehr leiden kann.

Auch die vorbehaltene Berufung übt einen nachtheiligen Einfluß in derselben Beziehung aus. In Folge der gleichzeitigen Verhandlung derselben mit der Haupt- oder sofortigen Berufung wird der schon vorhandene Stoff der Verhandlung oft sehr bedeutend vermehrt. Wird sie, was am häufigsten vorkommt, gegen das Beweisinterlocut gerichtet, sei es, um den auferlegten Beweis als überflüssig, oder die Beweislast als unrichtig vertheilt, oder die Beweisnorm als nicht sachgemäß darzustellen, und eine Abänderung der Beweisauflage zu erwirken, so wird, wenn sie diesen Zweck erreicht, das ganze Beweisverfahren, welches in erster Instanz stattgehabt und viele Kosten verursacht hat, überflüssig und unnütz. In Folge neuer Beweisauflagen hebt ein ganz neues Beweisverfahren in der Berufungsinstanz an. Es werden zur Abtretung, Aufnahme und Ausführung der auferlegten Beweise und Gegenbeweise mehrere Verhandlungstermine nothwendig, deren Abhaltung einen großen Theil der Zeit absorbirt, welche dem Oberappellationsgerichte zur Bewältigung der großen Masse seiner übrigen Geschäfte zu Gebote steht. Wie sehr ein prompter, zur möglichst raschen Erledigung der Processe wünschenswerther, Geschäftsgang dadurch verhindert wird,

leuchtet um so mehr ein, wenn man erwägt, daß zur Beendigung des neuen Beweisverfahrens mehrere Termine in nicht unbedeutenden Zwischenräumen erforderlich sind, und daß diese wegen außerordentlicher Anhäufung von Terminen, welche zur Erledigung anderer Sachen im öffentlich mündlichen Verfahren angesetzt sind, sehr weit hinausgesetzt werden müssen. Der große Mißstand, welcher in Folge der vorbehaltenen Berufung gegen Beweisinterlocute durch Verzögerung der endlichen Erledigung der Rechtsstreitigkeiten entsteht, wird auch keineswegs durch den Vortheil einer Förderung des materiellen Rechts oder einer gründlichen Entscheidung des Processes, welcher durch sie erreicht werden könnte, aufgewogen. Denn ob die Angemessenheit einer Beweisauflage von den Parteien *sogleich* nach Abgabe des Beweisinterlocuts, oder erst *später*, nachdem die Beweisführung in Gemäßheit desselben versucht worden, durch ein Rechtsmittel angefochten werden darf, ist in der fraglichen Beziehung ohne allen Einfluß. Die Beurtheilung der Frage: ob das Beweis auflegende Erkenntniß sachgemäß sei, und den Anforderungen des Rechts vollständig entspreche? bleibt in jedem der beiden Fälle ganz dieselbe. Die Richtigkeit des Urtheils in Betreff dieser Frage hängt überall nicht von dem Resultate der auf Grund des Interlocuts unternommenen Beweisführung ab. Sie kann also sofort ohne Nachtheil für die Parteien stattfinden. Es erscheint also völlig unbedenklich, eine sofortige Berufung gegen Beweisinterlocute zu gestatten. Es wird dadurch vielmehr eine sichere rechtskräftige Grundlage für das ganze folgende Proceßverfahren und die endliche Entscheidung gewonnen, der Gang des Processes vereinfacht, die Beurtheilung der Sache erleichtert und die Gründlichkeit der Entscheidung gefördert. Daß die Parteien angehalten werden, sich sofort darüber zu entscheiden, ob sie das Beweisinterlocut anfechten wollen oder nicht, entspricht der der neuen Proceßordnung eben sowohl, wie dem ältern gerichtlichen Verfahren zum Grunde liegenden Handlungs-Maxime vollkommen. Vernachlässigen sie die Pflicht, welche ihnen obliegt, die Folgen, welche das Beweisinterlocut, wenn es bestehen bleibt, sofort ins Auge zu fassen, so haben sie ihrem eigenen Verschulden die Nachtheile beizumessen, welche etwa durch ihre Versäumniß für sie herbeigeführt werden, und können sich darüber nicht beklagen. Mit der Zulassung der sofortigen Berufung gegen Beweisinterlocute läßt sich ein weiterer Vortheil erreichen,

wenn mit derselben die Verweisung des ferneren Verfahrens in Gemäßheit der erfolgten Entscheidung an das Gericht erster Instanz verbunden wird, nämlich der Vortheil zweier Instanzen in Betreff des Resultats der Beweisführung, während die vorbehaltene Berufung in solcher Hinsicht auf eine einzige Instanz beschränkt ist. Die Gründlichkeit der Endentscheidung kann dadurch nur gefördert werden. Sie dürfte sich daher empfehlen, wenngleich sie eine Ausnahme von der Regel, nach welcher ein wiederholter Gebrauch des Rechtsmittels der Berufung in dem nämlichen Processe ausgeschlossen wird, begründen würde. Aus dem Gesichtspuncte der Zweckmäßigkeit scheint sich eine solche Ausnahme genugsam zu rechtfertigen. Der Mangel einer zweiten Instanz tritt freilich in allen den Fällen hervor, in welchen auf Grund der Berufung gegen Endurtheile zuerst auf Beweis erkannt wird, sei es, daß das Berufungsgericht die thatsächlichen Voraussetzungen, worauf die Entscheidung des angefochtenen Erkenntnisses beruht, noch des Beweises bedürftig erachtet, oder, wie es sehr häufig der Fall ist, das neue Vorbringen der Parteien in der Berufungsinstanz die Beweisauflage veranlaßt. Allein in allen diesen Fällen würde die vorgeschlagene Abhülfe aus dem Grunde viel bedenklicher erscheinen, weil die gegen Endurtheile gerichtete Berufung das ganze fernere Verfahren und die weitere Cognition in der Sache dem Gerichte erster Instanz entzieht und an das Berufungsgericht devolvirt, wogegen die Berufung gegen ein Beweisinterlocut nur bezweckt, die das fernere Verfahren und die Entscheidung in erster Instanz vorbereitende Grundlage zu berichtigen. Mag die Berufung gegen das als Zwischenurtheil sich darstellende Beweisinterlocut verworfen, oder derselben Statt gegeben werden, so ist kein zutreffender Grund abzusehen, weshalb nach Erledigung dieses Incidentpuncts dem Richter erster Instanz die Fortsetzung des Verfahrens auf der nun als sachgemäß erkannten und feststehenden Grundlage, und die Abgabe der ersten Entscheidung in der Sache entzogen werden müßte.

Außer dem eben angedeuteten Mittel, die der Gründlichkeit der Entscheidung besonders in der höheren Berufungsinstanz bei dem Königlichen Oberappellationsgerichte entgegenstehenden Hindernisse möglichst zu beseitigen, dürfte allerdings auch das außerordentliche schriftliche Verfahren, wie es die bürgerliche Proceßordnung gestattet, in manchen Fällen geeignet sein. Allein einerseits würde es zu

diesem Zwecke an sich nicht ausreichen und andererseits eine zu häufige Anwendung desselben wegen des nachtheiligen Einflusses, den es auf die Raschheit des Verfahrens und den prompten Geschäftsgang übt, nicht zu empfehlen sein" [1]).

II. „Zwei Instanzen genügen vollkommen, vorausgesetzt, daß die Gerichte mit solchen Richtern besetzt sind, welche mit genügenden theoretischen Kenntnissen und Erfahrungen versehen sind und das Studium des Rechts unaufhörlich fortsetzen, so daß sie zuletzt ein corpus juris ambulans werden.

Die Vorschriften der §§. 422 und 423 muß ich für die rasche Beförderung der Rechtsstreitigkeiten für zweckmäßig halten und daher sehr wünschen, daß sie ohne Veränderung stets beibehalten werden.

Die Bestimmungen über die vorbehaltene Berufung haben sich als nützlich erwiesen.

Zweifelhaft könnte es scheinen, ob der, welcher von der vorbehaltenen Berufung Gebrauch zu machen beabsichtigt, schuldig sei, gegen die nächste richterliche Verfügung, welche der sofortigen Berufung unterworfen ist, geltend zu machen, oder ob es von seiner Willkür abhänge, die Ausführung dieser Berufung bis zur Erlassung des Endurtheils zu verschieben.

Ich muß mich, der nicht zu verkennenden Zweifel ungeachtet, für die erste Alternative erklären, da die Ausführung der vorbehaltenen Berufung gegen das Endurtheil der Regel nach nur alsdann noch zugelassen werden kann, wenn bis dahin eine, der sofortigen Berufung nicht unterliegende sofortige richterliche Verfügung, mit welcher die jener zu Grunde liegende Beschwerde in entschiedenem Zusammenhange gestanden haben könnte, nicht vorgekommen ist." (1855.)

III. „Wenn man berücksichtigt, daß früherhin regelmäßig den Parteien das Recht der drei Instanzen in der Weise concedirt wurde, daß in dem Falle, wo durch eine Reformatoria in Beziehung

---

[1]) Als die zweckmäßigsten Mittel zur Abhülfe werden dann vorgeschlagen 1) Beschwerdesumme von 500 oder 400 ₰, 2) Zulassung der sofortigen Berufung gegen das Beweisinterlocut, 3) Beschränkung der Nova. Nach den Mittheilungen in den §§. 23. 29 steht der Berichtserstatter mit diesen Ansichten sehr isolirt.

auf den einen Streitpunct die erste Entscheidung hinsichtlich eines anderen Streitpuncts nöthig wurde, dem ersten Richter wiederum diese Entscheidung überlassen ward, sowie, daß wenn in höherer Instanz auf Beweis erkannt wurde, die Instruction und erste Bescheidung der Beweisführung vom ersten Richter vorgenommen werden mußten, so läßt sich nicht leugnen, daß die Beseitigung der 3. Instanz in Verbindung mit den Vorschriften der §§. 422 und ff. der bürgerlichen Proceßordnung einen recht tiefen Einschnitt in das s. g. Recht auf die drei Instanzen zu Wege geführt hat. Daher sieht man denn auch die Processualisten der alten Schule bei diesem Puncte nicht selten den Kopf bedenklich schütteln und hört von ihnen die Aeußerung: „Hier müssen die Rechte der Parteien wieder mehr gesichert werden!“ Frägt man sie dann aber weiter, ob sie von dieser großen Vereinfachung schon Nachtheile wahrgenommen, und stellt ihnen vor, wie so manche Abkürzung der Processe, insonderheit auch der Vorbehalt der Berufung bei Beweisinterlocuten ohne jene Vorschrift der bürgerlichen Proceßordnung gar nicht oder doch nicht in dem Umfange zu erreichen gewesen sein würde, so bleiben sie die Antwort schuldig. Ich bin weit entfernt, behaupten zu wollen, daß eine mehrmalige Prüfung des nämlichen Rechtsfalls nicht seine Vorzüge habe; im Allgemeinen erblicke ich darin einen großen Schutz wenigstens gegen alle diejenigen Verstöße, welche ihren Grund in Unachtsamkeit haben. Allein, es liegt in der Natur der Sache, daß zur Zeit, wo das ganze Sachverhältniß eines Rechtsstreits durch die persönliche Anwesenheit der Anwälte ꝛc. sich viel einfacher feststellen läßt, bevor das Gericht zum Erkenntnisse schreitet, wo jeder einzelne Votant sich durch eigene Wahrnehmung von den Grundlagen des abzugebenden Erkenntnisses überzeugen kann, die Erkenntnisse der Obergerichte, und diese sind hier zunächst in Frage, an jenen Verstößen weit weniger leiden müssen, wie dies wohl früher mit den Erkenntnissen der Justiz-Canzleien der Fall war; und wenn ich auf diejenigen Erkenntnisse zurückblicke, welche in den letzten beiden Jahren mir vor Augen gekommen sind, so muß ich jenen Satz als durch meine Erfahrung vollkommen bestätigt ansehen. Rechne ich die Fälle ab, in denen auf Grund von novis eine Abänderung des ersten Erkenntnisses nöthig wurde, so ist verhältnißmäßig äußerst wenig reformirt, und in diesen wenigen Fällen wiederum ist, soweit ich erinnere, durchweg nicht sowohl wegen Verstöße und Unachtsam-

keit, sondern deshalb reformirt, weil wir eine andere rechtliche Auffassung hatten. Ob nun aber gerade in dieser Richtung eine mehrfache Prüfung ein Vorzug sei, das scheint mir sehr disputabel. Unter diesen Umständen kann ich deshalb auch zur Zeit, wo überdies mit Ausnahme der eigentlichen Bagatellsachen, die erste Entscheidung allemal schon vor einem Collegio, auf Instruction durch rechtsgelehrte Anwälte, erfolgt, eine mehrinstanzliche Prüfung für ein eigentliches Bedürfniß nicht halten, um deshalb auch nur etwas von denjenigen Segnungen aufgeben zu mögen, welche, mit Hülfe der Einschränkung im Instanzenzuge, rücksichtlich der Raschheit im Verfahren möglich geworden sind. . . . .

Was die erweiterte Zuständigkeit des Berufungsgerichts anbetrifft, so liegt es auf der Hand, daß dieselbe sehr zur Abkürzung der Processe führen muß, und wenn dadurch den Berufungsbehörden auch eine etwas größere Geschäftslast zugewandt wird, so wüßte ich doch nicht, daß diese irgendwie schon zum Bedrucke geführt hätte. Das Bedenkliche liegt zunächst in der völligen Beseitigung jedes Instanzenzuges für die betreffenden Entscheidungen, und in dieser Hinsicht gilt dasjenige, was ich soeben sub 1 gesagt habe. Sorgsamer war hierin allerdings die alte Proceßlegislation, insonderheit gab die Oberappellationsgerichtsordnung für ähnliche Verhältnisse in Folge der processus plenarii eine Garantie durch das remedium restitutionis. Daß etwas Aehnliches sich bereits als Bedürfniß herausgestellt hätte, kann ich, wie bemerkt, nicht bestätigen." (1855.)

IV. „Darin, daß an die Stelle der Appellation und Supplication nur das Rechtsmittel der Berufung gesetzt und das Letztere nicht sofort gegen alle richterlichen Verfügungen zuläßig ist, liegt meines Erachtens eine segensreiche Reform. Gefährlich scheint es zwar zu sein, daß nach den Bestimmungen der §§. 418 und 422 die Berufungsinstanz so vielfach zur ersten und einzigen Instanz werden kann; meiner bisherigen Erfahrung nach ist aber der Schein der Gefahr in der That viel größer als die Wirklichkeit. Daß Mißbrauch mit dem §. 418 getrieben sei, kann ich durchaus nicht behaupten, und ebensowenig habe ich gefunden, daß der §. 422 die Untergerichte veranlaßt hätte, sich die Entscheidung bequem zu machen." (1855.)

V. „Das Verfahren in der Berufungsinstanz giebt nach der kurzen Erfahrung, die mir in dieser Beziehung nur zu Gebote steht, zu principiellen Bedenken nur in einem Puncte Anlaß. Während nämlich mir die Beschränkung der Instanzen an sich durchaus gerechtfertigt und das Institut der vorbehaltenen Berufung als ein besonders glückliches erscheint, auch das erweiterte Recht des neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz, sowie die erweiterte Zuständigkeit des Berufungsgerichts sich meines Erachtens als sehr förderlich für das materielle Recht und in ihrer regelmäßigen Anwendung in jeder Beziehung ungefährlich darstellen, kann ich doch mir die sich daraus ergebenden Bedenken nicht verhehlen, daß in Folge dieser Einrichtungen den Parteien häufig über wichtige Fragen nur Eine Instanz gewährt wird. Die mit einem derartigen Verfahren unleugbar verbundenen principiellen Uebelstände mögen, soweit der Proceß auch in erster Instanz vor den Obergerichten stattfindet, durch die ihnen gegenüber stehenden Vortheile einer raschen und doch gründlichen Erledigung der Sache aufgewogen werden. Daß aber dasselbe rücksichtlich der Sachen eintrete, die in erster Instanz vor den Amtsgerichten, mithin vor einem, und in zweiter Instanz vor drei Richtern erledigt werden, muß ich im besonderen Hinblicke auf die vor den Amtsgerichten nicht selten vorkommende Geschäftsbehandlung mindestens bezweifeln. Indessen ist meine Erfahrung zu unvollständig, um in dieser Hinsicht ein bestimmteres und eingehenderes Urtheil fällen zu können und schwerlich würde mich auch eine längere Wahrnehmung zu der Anheimgabe eines praktischen Abhülfsmittels befähigen, da mir ein solches durch Aenderung der Proceßgesetze kaum erreichbar erscheint, wenn man nicht andererseits wesentliche Vortheile derselben opfern will, und daher schwerlich anders als in einer Aenderung der Gerichtsverfassung gefunden werden könnte.“ (1860.)

VI. „Soviel die Beschränkung der Instanzen betrifft, so dürften zwar aus den bisherigen Erfahrungen Gründe, um zu den drei Instanzen des gemeinen Rechts zurückzukehren, wohl schwerlich zu entnehmen sein, eine andere Frage aber ist die, ob die in der bürgerlichen Proceßordnung vorgeschriebene Beschränkung der Instanzen sich auch mit derjenigen fernerweiten Beschränkung rechtfertigt, welche sich aus der, in dem §. 422 ff. erweiterten Zuständigkeit des Berufungsgerichts ergiebt, und welche bekanntlich trotz der im Principe

bestehenden zweifachen Instanz, in einer großen Anzahl von Fällen nur eine einmalige Prüfung der materiellen Rechtsfrage zuläßt. Theoretisch ist diese Frage gewiß disputabel; geht man davon aus, daß das Heil des Instanzenzuges in der dadurch herbeigeführten mehrmaligen Prüfung der Sache liege, so geht dieses Heil in den vorausgesetzten Fällen allerdings verloren; das Princip des Gesetzes ist dann nicht gerechtfertigt; geht man davon aus, daß der Schwerpunkt des Instanzenzuges in Ermöglichung einer besseren, gründlicheren Prüfung durch den (etwa zahlreicher vertretenen oder mehr befähigten) Oberrichter liege, so gewährt es offenbare Vortheile, wenn im einzelnen Falle die Entscheidung mit Uebergehung des Unterrichters sofort in die Hände des höheren Richters gelegt wird; das Princip des Gesetzes ist dann gerechtfertigt. Der letztere Gesichtspunkt ist nach meiner Auffassung der richtige. Die oft gehörte, aus der Unmöglichkeit einer Remedur vorgekommener Irrthümer hergeleitete Einwendung beruht auf einem Scheingrunde; eine Anerkennung derselben würde dahin führen, daß überhaupt bei allen in letzter Instanz erfolgten Urtheilen Remeduren gegen Irrthümer, welche hier gerade so gut, wie in erster Instanz vorkommen können, zugelassen werden müßten. Uebrigens ist die Gefahr irreparabeler Irrthümer eines, in zweiter Instanz zuerst und zuletzt erkennenden Richters verhältnißmäßig eine geringe; nach den von mir gemachten Erfahrungen, deren Mittheilung der nächste Zweck dieser Berichtserstattung ist, ist sie in meiner bisherigen Praxis noch nicht zur Verwirklichung gekommen." (1860).

VII. „Die Beschränkung der Instanzen, welche die bürgerliche Proceßordnung in der Art hat eintreten lassen, daß, abgesehen von den Bagatellsachen von 10 Thlr. an Werth und darunter, regelmäßig ein und derselbe Streitpunkt nur einer zwiefachen richterlichen Beurtheilung unterworfen werden kann, hat, soviel ich darüber mir ein Urtheil habe bilden können, sich als unzweckmäßig nicht herausgestellt. Daß in den Bagatellsachen ordentliche Rechtsmittel nicht zugelassen sind, ist um so mehr zu loben, als die dadurch veranlaßten Kosten in jedem Falle das Streitobject vollständig absorbiren und in der That die Rechtsverfolgung in dergleichen Sachen unverhältnißmäßig verweitläufigen und erschweren würden. In Ansehung der wichtigeren Rechtssachen dürfte eine zweimalige richterliche

Prüfung im Interesse der Rechtssicherheit vollständig genügen, zumal da die Richtigkeitsbeschwerde eine sehr erweiterte Ausdehnung erhalten hat, und die Parteien dadurch bedeutend gesichert sind. Für den Fall, daß nova in der Berufungsinstanz allegirt und diese erheblich befunden werden, könnte man wohl geneigt sein, eine abermalige Prüfung der Sache mittelst einer neuen Rechtsmittelinstanz zu verlangen, da man sich Fälle denken kann, wo in Wahrheit in Folge der nova erste Urtheile gesprochen werden. Es ist aber dabei zu erwägen, daß solche Fälle, wenigstens meiner Erfahrung nach, zu den äußerst seltenen gehören, und scheint mir aus diesem Grunde eine Abänderung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften, wenigstens für jetzt noch nicht erforderlich zu sein. Es geht mit dieser Einrichtung wie mit so vielen anderen Bestimmungen der bürgerlichen Proceßordnung. Theoretisch scheinen sie, wenn man betreffenden Orts bösen Willen oder Unfähigkeit supponirt, kaum halt- und ausführbar, und in der Praxis bewähren sie sich nicht nur als ungefährlich, sondern geradezu als angemessen.

Das Institut der vorbehaltenen Berufung hat zu Verwickelungen überall keine Veranlassung gegeben. In der Regel kommen, abgesehen von der Berufung gegen das Beweisurtheil, die vorbehaltenen Berufungen gar nicht zur Entscheidung, weil das in der Hauptsache gefällte Erkenntniß die vorbehaltenen Berufungen implicite beseitigt oder überflüssig macht. Ich erinnere mich nur sehr weniger Fälle, wo über eine gegen einen Zwischenbescheid vorbehaltene Berufung eine getrennte Entscheidung erforderlich war. Die betreffenden gesetzlichen Vorschriften haben zur Abkürzung der Processe außerordentlich beigetragen. Was schließlich die Erweiterung der Zuständigkeit des Berufungsgerichts anbetrifft, so werden die Bestimmungen des §. 422 a. a. O. von jedem Richter nur gebilligt werden können, der schon im älteren Proceßverfahren eine solche Thätigkeit des Appellationsgerichts als durchaus erforderlich hat kennen lernen. Entgegenstehende Grundsätze haben nicht nur zur Verweitläufigung der Processe, sondern sogar oft zu Absurditäten geführt. Es ist daher vortrefflich, daß in dieser Beziehung keine Verschiedenheiten oder Zweifel mehr obwalten können. Ich darf jedoch bemerken, daß nur sehr selten dieser §. in Anspruch genommen ist, weil die jetzt allgemein gestattete Anschließung des Berufenen

und dessen Beschwerden die officielle Thätigkeit des Richters weniger in Frage stellen, auch überhaupt die eventuellen Gesichts- und Streitpunkte von den Parteien genügend hervorgehoben zu werden pflegen.

Die Sanction des §. 423 a. a. O. ist, wenn man damit die früheren Relevanzbescheide der Justizcanzleien vergleicht, allerdings für die Obergerichte lästig, im Interesse der Raschheit der Justizpflege aber von großer Wichtigkeit." (1855.)

VIII. „Die Beschränkung der Rechtsmittel-Instanzen, wie unsere Proceßordnung sie eingeführt hat, ist meines Erachtens eine der erheblichsten, aber auch wohl eine der bedenklichsten, Reformen des Proceßverfahrens. Die bedenkliche Seite finde ich nicht sowohl in dem allgemeinen Grundsatze, daß nur zwei Instanzen, abgesehen von der Nichtigkeitsbeschwerde, sein sollen, als vielmehr in den Beschränkungen und Schmälerungen der zwei Instanzen, welche aus anderen Vorschriften sich ergeben. In der Wirklichkeit haben wir nämlich nach unserer Proceßordnung für manche Streitpunkte nur eine einzige Instanz und zwar:

a) hinsichtlich aller erst in der Berufungsinstanz vorgebrachten nova und:

b) in Folge des Grundsatzes, daß das Berufungsgericht über alle zu seiner Beurtheilung erwachsenen Streitpunkte, nach Anordnung und Durchführung eines etwa erforderlichen Beweisverfahrens, endlich entscheiden soll, selbst wenn darüber in erster Instanz noch gar nicht entschieden war.

Freilich konnte auch nach dem früheren Verfahren es vorkommen, daß über nova, wenn sie erst in letzter Instanz vorgebracht wurden, nur in dieser einen Instanz verhandelt und entschieden ward; und ebenso konnte der Appellationsrichter, wenn auf processus plenarii erkannt wurde, das ganze weitere Verfahren an sich ziehen, und damit für die noch weiterhin entstehenden Streitfragen die Vorinstanz abschneiden. Allein dabei ist doch nicht zu übersehen, daß theils die Zulassung neuer Thatsachen und Beweise in der jetzigen Ausdehnung dem früheren Proceßrechte ganz unbekannt war, und anderntheils, daß jene Befugniß des Appellationsrichters, das fernere Verfahren bei sich zu erledigen, nur in seltenen Fällen und in der Ausdehnung, daß namentlich das ganze Beweis-

verfahren sofort vor ihm stattgehabt hätte, wohl niemals zur Anwendung gekommen ist.

Jetzt steht nichts entgegen, daß der Beklagte alle seine Einreden und der Kläger alle seine Repliken erst in der Berufungsinstanz vorbringt; und wenn es sich um Beweise handelt, welche erst durch reformatorische Entscheidung auferlegt sind, so muß jedesmal die ganze Beweisführung in der Berufungsinstanz erfolgen, und über deren Ergebniß ist dann immer das einzige Erkenntniß des Berufungsrichters entscheidend. Man kann sich der Besorgniß nicht erwehren, daß dabei, ungeachtet der größeren Garantien, welche sonst das neue Verfahren für eine richtige Urtheilsfällung darbietet, doch in einzelnen Fällen unzweifelhafte Schnitzer gemacht werden, denen abzuhelfen gar nicht möglich ist. Wer kann nur dafür bürgen, daß bei Beurtheilung der nova in der Berufungsinstanz nicht einmal eine gesetzliche Bestimmung, auf welche hinzuweisen auch von den Parteien vielleicht versäumt ist, ganz übersehen und so gegen klare Gesetze entschieden wird? Mögen das immerhin seltene Fälle sein; wenn sie aber vorkommen, sind sie höchst peinlich und dem Vertrauen auf die Justizpflege leicht verderblich.

Wenn es sich aber fragt, wie den angeregten Bedenken auf zweckmäßige Weise abzuhelfen ist, so erscheint ein doppelter Weg möglich. Entweder Beschränkung der Zulässigkeit der nova in der Berufungsinstanz und Aenderung der Bestimmung des §. 423 oder Eröffnung einer neuen Rechtsmittel-Instanz für die Fälle, wo und insoweit das Urtheil des Berufungsrichters eine Entscheidung über Thatsachen und Beweise enthält, welche erst in der Berufungsinstanz beigebracht sind. Diesen letzteren Weg würde ich vorziehen, weil die Bestimmungen über die nova in der Berufungsinstanz, ebenso wie jene Vorschriften des §. 423, welche der verschleppenden Recurrenz der Sachen ein Ziel setzen, an und für sich sehr zweckmäßig erscheinen, und jede Veränderung derselben auch tief in das System der Proceßordnung eingreifen würde. Damit verkenne ich aber keineswegs, daß nicht auch die Eröffnung einer weiteren Instanz für Fälle der gedachten Art ihre Schwierigkeiten haben würde, insbesondere da, wo das Oberappellationsgericht selbst das Berufungsgericht ist. Indessen scheinen doch diese Schwierigkeiten mehr äußerlicher Natur zu sein.

Auch auf indirectem Wege würde, wenn auch nicht die gänz-

liche Beseitigung der obigen Bedenken, doch deren Verminderung sich erreichen lassen, z. B. durch eine Erweiterung der Nichtigkeitsbeschwerde und durch die Vorschrift, daß nur diejenigen nova in der Berufungsinstanz zulässig sein sollen, welche in den schriftlichen Berufungsanträgen und Gegenanträgen als solche bezeichnet sind.

Das Institut der vorbehaltenen Berufung ist, im Ganzen betrachtet, nach meinen hiesigen Wahrnehmungen eine empfehlenswerthe Einrichtung. Daß in einzelnen Fällen daraus Härten und Unzuträglichkeiten hervorgehen können, ist auch hier wohl bemerkt worden, allein für die große Masse der Sachen bewährt das Princip der Proceßordnung sich als zweckmäßig." (1855.)

Von der im §. 397 eröffneten Möglichkeit, eine Berufung, welche sonst nur als vorbehaltene Platz greifen würde, zur sofortigen Ausführung zu verweisen, ist hier fast gar nicht Gebrauch gemacht worden; soviel ich erinnere, ist nur in einem Falle darauf angetragen. Die Vorschrift, daß vor Abgabe der betreffenden Verfügung ein solcher Antrag gestellt sein müsse, hindert ohne Zweifel die öftere Anwendung dieser Bestimmung, da die Partei erst dann, wenn sie die Entscheidung selbst vernommen hat, es übersehen kann, ob die dagegen zu verfolgenden Beschwerden ohne Nachtheil vorbehalten bleiben können, oder sofortige Berufung nöthig machen. Ein Grund, weshalb nicht auch nach Verkündigung der Entscheidung ein solcher Antrag noch zulässig sein sollte, wenn er nur in demselben Termine noch vorgebracht wird, ist auch schwer ersichtlich." (1859.)

IX. „Die Vorschriften, welche die bürgerliche Proceßordnung über die Beschränkung der Instanzen, über das Proceß-Institut der vorbehaltenen Berufung und über die erweiterte Zuständigkeit des Berufungsgerichts giebt, sind im Allgemeinen sehr zweckmäßig. Auf diesen Vorschriften beruht die jetzt vorhandene Möglichkeit, auch bei gründlicher Beurtheilung der Sache die Processe in kurzer Zeit zu beendigen. Die Bestimmung, daß gegen das Beweisinterlocut nur eine vorbehaltene Berufung Statt findet, hat außer der dadurch bewirkten Beschleunigung des Rechtsstreits den großen Werth, daß, bevor das Beweisinterlocut in der Berufungsinstanz unabänderlich festgestellt wird, die Parteien nach geschehener Beweisaufnahme in erster Instanz viel besser als vorher im Stande sind zu beurtheilen, wie die Thatsachen eigentlich sind, und was in Beziehung

auf sie bewiesen werden kann, welcher Umstand es den Parteien oft möglich macht, ihre Anträge in der Berufungsinstanz angemessener zu stellen und dadurch dem materiellen Rechte den Sieg über das Formelle zu verschaffen. Immer aber bleibt es bei der Beschränkung der Instanzen und der erweiterten Zuständigkeit des Berufungsgerichts eine gefährliche Einrichtung, daß über dasjenige, was in der Berufungsinstanz neu vorgetragen wird, und was häufig besonders bei den Sachen, die in erster Instanz von den Amtsgerichten entschieden werden, von großer Bedeutung ist, von dem Berufungsgerichte in erster und zugleich in letzter Instanz entschieden wird. Hat man sehr gute und besonders sehr sorgfältig arbeitende Berufungsgerichte, so mögen solche Bestimmungen keinen Nachtheil haben, entgegengesetzten Falls werden aber leicht nicht geringe Nachtheile daraus entspringen. Uebrigens muß ich bemerken, daß ich in meiner Praxis keine besondere Nachtheile von diesen Bestimmungen wahrgenommen habe, während die großen Vortheile, die sie gewähren, klar vorliegen." (1859.)

§. 31.

14. Die Richtigkeitsbeschwerde.

Von den beiden außerordentlichen Rechtsmitteln der bürgerlichen Proceßordnung, der Nichtigkeitsbeschwerde und der Restitutionsklage[1]), bedarf nur das erstere einer kurzen Erwähnung.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nur aus gewissen speciellen, im §. 431 des Gesetzes[2]) hervorgehobenen Gründen zulässig,

---

[1]) Die Restitutionsklage schließt sich im Wesentlichen an die Grundsätze des gemeinen Rechts; sie ist stets bei dem Gerichte anhängig zu machen, welches in der verhandelten Sache in erster Instanz erkannt hat.

[2]) Der §. 431 der B. P. O. lautet:

„Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen richterliche Verfügungen ist nur zulässig, wenn:

1) der Gegenstand des Rechtsstreits überhaupt nicht zur Zuständigkeit der Gerichte gehört, oder dem erkennenden Gerichte diejenige Gattung der Gerichtsbarkeit, welche es in Beziehung auf die Sache ausgeübt hat, mangelt;
2) gegen die über Besetzung der Gerichte ertheilten Verfassungsvorschriften verstoßen ist;

zu welchen ein Verstoß gegen das s. g. jus clarum in thesi, die contravention expresse à la loi, nicht zählt.

Die Richtigkeitsbeschwerde hat an der materiellen Bedeutung, welche ihr nach dem früheren Proceßrechte zustand, erhebliche Einbuße erlitten. Sie hat an ihrer Selbstständigkeit dadurch sehr ver-

---

3) gegen Jemanden ein Erkenntniß ergangen ist, welcher an dem zwischen dritten Personen verhandelten Rechtsstreite nicht Theil genommen und die für ihn vorgenommenen Handlungen später nicht genehmigt hat;

4) der Richter von dem Gegner oder einem Dritten bestochen war, oder derselbe nach Maßgabe der Vorschriften des §. 22 sich schon von Amtswegen jeder richterlichen Mitwirkung an dem Rechtsstreite hätte enthalten müssen;

5) ein Richter, nachdem er von dem Einbringen eines gegen ihn gerichteten Ablehnungsgesuchs Kenntniß erhalten, Verfügungen erlassen, oder bei dem Erlasse derselben in richterlicher Eigenschaft mitgewirkt hat, sofern das Ablehnungsgesuch für begründet erkannt wird;

6) wenn und soweit die, die Richtigkeitsbeschwerde verfolgende Partei zu den vor Gericht von ihr vorgenommenen Handlungen rechtlich unfähig war und, nachdem dieser Mangel der Fähigkeit später gehoben worden, ihr früheres Verfahren nicht anerkannt hat;

7) wenn ein beauftragter Richter seinen Auftrag überschritten, insbesondere richterliche Verfügungen erlassen hat, zu deren Abgabe er nicht befugt war;

8) wenn und insoweit das Gericht unzuläßiger Weise entweder über den Antrag der Partei hinaus erkannt oder in der Instanz der Rechtsmittel die angefochtene Verfügung zum Nachtheile des Beschwerdeführers abgeändert hat;

9) das Erkenntniß gegen eine in demselben Processe ergangene rechtskräftige Entscheidung anstößt, oder auf das Zugeständniß oder Ableugnen eines Thatumstandes gebaut ist, den die betreffende Partei ausdrücklich geleugnet oder zugestanden hat;

10) wenn und soweit der entscheidende Theil eines Erkenntnisses an völliger Dunkelheit, Unverständlichkeit oder Unbestimmtheit leidet, und durch eine etwa nachgesuchte Erläuterung dem Mangel nicht abgeholfen ist;

11) wenn eine Partei ohne Gewährung der Möglichkeit einer vom Gesetze ihr unbedingt gestatteten Vertheidigung auf die gegnerischen Anträge verurtheilt oder abgewiesen worden ist;

12) wenn die in den §§. 87—89 über Oeffentlichkeit der Gerichtssitzungen ertheilten Vorschriften verletzt worden sind."

loren, daß wenn gegen ein Erkenntniß die Berufung verfolgt wird, die bis zum Schlusse der mündlichen Berufungsverhandlung bereits bekannten Nichtigkeitsgründe nicht allein vom Berufungskläger, sondern auch vom Berufungsbeklagten geltend zu machen sind. In den Fällen der Nr. 7. 8. 9. 11 des § 431 des Gesetzes erscheint sie als rein subsidiaires Rechtsmittel, weil dadurch bedingt, daß der beschwerten Partei die Berufung nicht zusteht. Diesem Allen nach findet die Nichtigkeitsbeschwerde ihre praktische Bedeutung ganz vorzugsweise im Verhältnisse zu den Erkenntnissen zweiter Instanz, wobei jedoch wiederum zu berücksichtigen ist, daß ein bereits mit der Berufung geltend gemachter Nichtigkeitsgrund zum Gegenstande der Nichtigkeitsbeschwerde nicht weiter gemacht werden kann.

Es entscheidet über Nichtigkeitsbeschwerden gegen Verfügungen der Amtsgerichte der große Senat des vorgesetzten Obergerichts, der Obergerichte der betreffende Civilsenat des Oberappellationsgerichts, der Civilsenate des Oberappellationsgerichts der Cassationssenat dieses Gerichts.

Das Gericht hat bei begründeten Nichtigkeitsbeschwerden die angefochtene Entscheidung, sowie das derselben voraufgegangene Verfahren, insoweit der Nichtigkeitsgrund auf dieses einwirkt, zu vernichten, auch die etwa nothwendig werdende anderweite Entscheidung abzugeben. War jedoch der Nichtigkeitsgrund in dem Verfahren und nicht in der Entscheidung selbst enthalten, oder bedarf die Entscheidung besonderer Verhandlung, so soll der Regel nach eine Verweisung der Sache an das frühere oder an ein anderes Gericht gleichen Ranges erfolgen, welches alsdann die von dem vorgesetzten Gerichte anerkannten und der Entscheidung zum Grunde gelegten Rechtsgrundsätze als für sich verbindlich anzuerkennen hat.

Außer dieser eigentlichen kennt die bürgerliche Proceßordnung noch die Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes, welche der Oberstaatsanwalt, ohne an eine Frist gebunden zu sein, bei dem Cassationssenate des Oberappellationsgerichts in allen Fällen erheben kann, in welchen ein Gericht durch eine richterliche Verfügung oder sonstige Amtshandlung eine gesetzliche Vorschrift verletzt oder falsch angewandt, oder die Grenzen seiner Befugnisse überschritten hat.

Von der Nichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes ist nur in äußerst seltenen Fällen Gebrauch gemacht worden. Was

die eigentliche Richtigkeitsbeschwerde betrifft, so ergiebt sich, wenn man die Zahl der bei den Obergerichten anhängig gemachten Civilproceßsachen, in welchen die Richtigkeitsbeschwerde möglicherweise erhoben werden konnte, mit der Zahl der wirklich beim Oberappellationsgerichte erhobenen Richtigkeitsbeschwerden — für die Zeit vom 1. Januar 1855 bis 1. Januar 1859 — vergleicht, ein Verhältniß wie ungefähr:

1 : 181⅔.

Vergleicht man ferner die Zahl der in dem Zeitraume vom 1. Januar 1855 bis 1. Januar 1859 bei den Obergerichten anhängig gemachten Richtigkeitsbeschwerden mit der Zahl der während des gedachten Zeitraums von den Amtsgerichten — außer dem Mahnverfahren — erledigten Civilproceßsachen, so ergiebt sich ein Verhältniß wie ungefähr:

1 : 2174.

§. 32.

15. Die Zwangsvollstreckung und der Concurs.

I. Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist den Gerichtsvögten überwiesen; der richterlichen Mitwirkung bedarf es dabei nur insoweit, als solche bei einzelnen Acten der Zwangsvollstreckung ausdrücklich vorgeschrieben ist [1]). Daß Streitigkeiten, welche in der Zwangsvollstreckungsinstanz zwischen den Proceßparteien oder zwischen diesen und dritten Personen sich erheben, vom Gerichte zu entscheiden sind, ist selbstverständlich.

Die Gerichtsvögte sind zugleich öffentliche Beamte und Mandatare des Gläubigers, welcher sie mit der Zwangsvollstreckung beauftragt hat. Sie sind zuständig für den ganzen Obergerichtsbezirk, in welchen ihnen der Wohnsitz angewiesen ist; dem Gläubiger steht die Wahl zu, doch treffen ihn die Mehrkosten. Sie stehen unter strenger Aufsicht der Kronanwaltschaften und der Amtsgerichte; ihre allgemeinen Dienstregister unterliegen einer monatlichen, ihre Zwangsvollstreckungsregister einer vierteljährlichen regelmäßigen Revision. Beschwerden gegen dieselben können sowohl bei der Kronanwaltschaft

---

[1]) Vorzugsweise tritt diese richterliche Mitwirkung bei der Zwangsvollstreckung gegen Immobilien und der Wechselhaft ein; vgl. jedoch auch die §§. 548. 549. 555. 556. 565. 573 der B. P. O.

als dem Amtsgerichte erhoben werden; das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung Statt findet, entscheidet insbesondere über die Einwendungen wider die Art und Weise der Zwangsvollstreckung und das vom Gerichtsvogte dabei beobachtete Verfahren.

Der vom Gläubiger beauftragte Gerichtsvogt wird durch Einhändigung der vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils u. s. w. ermächtigt, das Zahlungsgebot zu erlassen und sodann die ganze Zwangsvollstreckung vorzunehmen, die vom Schuldner geleisteten Zahlungen in Empfang zu nehmen, gültig darüber zu quittiren und die vollstreckbare Ausfertigung, falls dem Inhalte vollständig genügt worden, dem Schuldner auszuliefern.

Es ist völlig klar, daß ein solches Verfahren demjenigen gegenüber, in welchem das Gericht die Zwangsvollstreckung androht, dann erkennt und die erkannte leitet, die großen Vorzüge der Einfachheit und Raschheit gewährt; es kann sich nur fragen, ob die Erfahrung überwiegende Nachtheile oder auch nur erheblichere Unzuträglichkeiten aufgewiesen habe. Das kann nach den kronanwaltschaftlichen Geschäftsberichten überall nicht angenommen werden. Man kann es für recht bedenklich halten und darüber lächeln, daß das Gesetz dem Gerichtsvogte ansinnt, selbst in schwierigen Fällen sich darüber zu entscheiden, ob ein Rechtsgeschäft bedingt oder betagt, ob eine Bedingung eingetreten sei u. s. w., wenn es sich um den Erlaß eines Zahlungsgebots handelt; allein man muß daneben erwägen, daß dieses doch immer nur höchst seltene Fälle sind, daß eine controverse Theorie nicht immer weiter führt als der gesunde Menschenverstand ohne Theorie, daß ein Irrthum des Gerichtsvogtes insofern dem Schuldner nicht präjudicirlich ist, als dieser die Frage, ob der Gerichtsvogt den gesetzlichen Vorschriften gemäß das Zahlungsgebot erlassen habe, sofort zur gerichtlichen Entscheidung verstellen und die Sistirung des Verfahrens verlangen kann. Auch hier hat die Erfahrung gelehrt, daß eine von theoretischen Bedenken nicht freie Einrichtung sich praktisch bewähren mag.

Die gerichtliche Zwangsvollstreckung hat Statt auf Grund:

1) rechtskräftiger Urtheile, denen jedoch Ungehorsamsurtheile nach unbenutztem Ablaufe der regelmäßigen Einspruchsfrist, vorläufig für vollstreckbar erklärte Urtheile, sowie vor Gericht abgeschlossene Vergleiche und zu Protocoll genommene Anerkenntnisse hierin gleichgestellt sind;

2) der von Gerichten und Notaren aufgenommenen Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sobald darin sofortige Zwangsvollstreckung ausbedungen ist[1]).

Diesen Zwangsvollstreckungstiteln muß von dem betreffenden Gerichtsschreiber bez. Notare die Vollstreckungsclausel eigenhändig beigefügt werden.

Auf Grund der mit der Vollstreckungsclausel versehenen Titel erläßt der Gerichtsvogt, wenn er die titelmäßigen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung als vorhanden annimmt, an den Schuldner ein Zahlungsgebot und geht eine Woche nach diesem Erlasse zur Zwangsvollstreckung selbst mittelst Pfändung u. s. w. über; nur die Anlegung des Wechselarrestes kann mit dem Zahlungsgebote verbunden werden. Der Schuldner hat seine, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bezielenden Einreden der Regel nach binnen einer Woche nach dem Erlasse des Zahlungsgebots bei dem Proceßgerichte geltend zu machen.

Die auf Beitreibung einer Geldforderung gerichtete Zwangsvollstreckung kann bewegliche und unbewegliche Sachen, ausstehende Forderungen wie Besoldungen, Gnadengehalte u. s. w., endlich auch die Person des Schuldners, diese jedoch nur für den Fall wechselmäßiger Verpflichtungen, zum Gegenstande haben. Die gleichzeitige oder nachfolgende Anwendung aller oder mehrerer dieser Arten der Zwangsvollstreckung ist gestattet, allein der Gerichtsvogt verpflichtet, dahin zu sehen, daß dem Schuldner kein unnöthiger Nachtheil erwachse und der Letztere im Falle einer, durch die Umstände nicht gerechtfertigten Häufung der Executionsarten berechtigt, die Beschränkung der Zwangsvollstreckung durch richterliche Verfügung zu begehren.

II. Das Concursverfahren erscheint als ein besonders modificirtes, zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörendes Zwangsvollstreckungsverfahren, anwendbar auf alle Gerichtseingesessenen, für Handeltreibende nicht eigenthümlich als Falliment gestaltet.

Es hat zum Zwecke, unter gerichtlicher Leitung die ordnungsmäßige Vertheilung eines unzureichenden Vermögens unter mehrere Gläubiger zu bewirken. Allein dieser Zweck kann auch ohne Con-

---

[1]) Außerdem in einigen besonderen, im §. 528 der B. P. O. aufgeführten Fällen, welche ein allgemeineres Interesse nicht darbieten und deshalb hier nicht weiter berücksichtigt werden.

cursverfahren erreicht werden. Die bürgerliche Proceßordnung kennt ein sehr einfaches „Vertheilungsverfahren ohne Concurs" (§§. 595 —603), mittelst dessen der Erlös einer oder mehrerer Zwangsvollstreckungen unter die betheiligten Gläubiger, ohne Erlaß einer Edictalladung, prioritätsmäßig vertheilt wird. Von besonderer Bedeutung ist hier noch, daß das Gericht auf Antrag der betheiligten Gläubiger diesen den Erlös der Zwangsvollstreckung zur eigenen Vertheilung überweisen muß, insofern nicht bis dahin die Einleitung des Concursverfahrens beantragt worden ist. Folge dieser Ueberweisung ist, daß bei später eröffnetem Concurse nur der nach Befriedigung der betheiligten Gläubiger etwa sich ergebende Ueberschuß an die Concursmasse abzuliefern ist.

Das Concursverfahren wird eröffnet auf Anzeige der Unzulänglichkeit des Vermögens von Seiten des Schuldners oder auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger, nicht von Amtswegen. Den Zwang zur Stundung und Nachlaß hat die bürgerliche Proceßordnung aufgehoben.

Behuf Leitung des Concursverfahrens wird der Regel nach ein Curator angeordnet, welcher die Functionen sowohl des Curators als des Contradictors im gemeinrechtlichen Processe bekleidet. Es ist demselben die Stellung eines officiellen Vertreters des Gemeinschuldners gegeben, eines Vertreters, welcher im rechtlichen Interesse des Gemeinschuldners und eben darum im mittelbaren Interesse der Gläubiger handelt. Das in Concurs gerathene Vermögen wird, nach wie vor, bis zur Veräußerung von der Persönlichkeit des Cridars getragen und zusammengehalten, alle ihm dieserhalb zustehenden Befugnisse aber übt nur der Curator aus, gleich als wäre er Vormund des Cridars, und zwar übt er sie aus in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften, deren Beobachtung vom Concursgerichte, nach Art einer Obercuratelbehörde, und von allen dabei interessirten Personen, nämlich den Gläubigern bez. dem Gläubigerausschusse und dem Gemeinschuldner bewacht wird.

Die Passivmasse wird mittelst Edictalladung, welche präclusive Kraft hat, festgestellt. Die Anmeldungen müssen die Erfordernisse eines Klagantrags haben, auch das in Anspruch genommene Vorzugsrecht angeben und begründen. An die Anmeldungen schließen sich allgemeine Verhandlungen, welche einen eigentlich processualischen Character nicht an sich tragen, indem sie lediglich darauf abzwecken,

festzustellen, ob und welche Forderungen überhaupt bestritten, ob und welche Specialprocesse also zu führen seien.

Diese allgemeinen Verhandlungen finden ihren Abschluß in dem alsbald zu erlassenden s. g. Prioritätsurtheile. Das Prioritätsurtheil ist kein eigentliches Urtheil, sondern nur ein Vertheilungsplan, welcher erst wirkliche Bedeutung erlangt, wenn und insoweit die betheiligten Gläubiger sich dabei beruhigen. Das s. g. Prioritätsurtheil bezielt nicht die Liquidität, sondern die Priorität der angemeldeten Forderungen; es entscheidet über die Priorität unbedingt, oder durch Beweise bedingt, deren Führung Gegenstand von Specialprocessen, nicht des Prioritätsverfahrens ist. Gegen das s. g. Prioritätsurtheil findet kein Rechtsmittel, wohl aber binnen bestimmter Frist ein Antrag auf Einräumung besserer Priorität Statt, welcher als Klage anzusehen und gegen die bei der beantragten Abänderung des Prioritätsurtheils betheiligten Gläubiger zu richten ist. Die Entscheidung sämmtlicher Prioritätsprocesse soll, wenn nicht überwiegende Hindernisse entgegenstehen, stets gleichzeitig und mittelst eines und desselben gemeinschaflichen Erkenntnisses erfolgen, auch zur Verhütung nachtheiliger Trennungen das Obergericht, bez. der große Senat desselben, für alle verschiedenen Prioritätsstreite in demselben Concurse zuständig sein, wenn auch nur hinsichtlich eines Streits dessen Zuständigkeit an sich begründet ist.

Die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen wird in Specialprocessen festgestellt, in diesen erfolgen auch die die Priorität bedingenden Beweisführungen. Die Specialprocesse werden zwischen dem betheiligten Gläubiger, als Kläger, einerseits und dem Curator, als Beklagten, andererseits geführt. Hinsichtlich der Liquidationsprocesse findet ein selbständiges Interventionsrecht der übrigen Concursgläubiger oder des Gemeinschuldners nicht Statt, während in dem Proceßverfahren, welches die die Priorität bedingenden Beweisführungen bezielt, die betheiligten Gläubiger dem Curator als Streitgenossen beitreten oder im Einverständnisse mit demselben seine Stelle einnehmen können.

Prioritäts- und Specialprocesse gehören nach den allgemeinen, durch besondere Vorschriften jedoch etwas modificirten Zuständigkeitsregeln entweder vor die Amts- oder Obergerichte.

§. 33.

16. Schlußbemerkungen.

Wir haben uns im Obigen mehr referirend als beurtheilend verhalten; von einer Kritik des mitgetheilten Materials aus den Präsidialberichten konnte schon aus äußeren Gründen keine Rede sein und den Gedanken auf Grund eines reichen legislativen Materials zu legislativen Erörterungen vorzuschreiten, mußten wir schon mit Rücksicht auf den Zweck dieser Blätter zurückdrängen. Sie sollten die Hauptgrundsätze des hannoverschen Civilproceßverfahrens einzeln und in ihrem Zusammenhange darlegen, insbesondere aber darüber Auskunft geben, wie nach den Präsidialberichten diese Grundsätze im Leben sich bewährt haben. Die Detailvorschriften sind aus der Proceßordnung leicht zu entnehmen und die Streitfragen, wozu einzelne derselben den Anlaß gegeben haben, aus der Literatur so gut wie vollständig zu ersehen, in welcher letzteren Beziehung wir nur hervorheben, daß, wie ein in jüngster Zeit erstatteter Präsidialbericht sich ausdrückt, die Zeit, in welcher man nach Controversen suchte, diese hegte und pflegte, glücklicherweise vorüber ist.

Es möge uns nur gestattet sein, auf das wichtigste Princip der bürgerlichen Proceßordnung, den Grundsatz der Mündlichkeit, mit wenigen Worten zurückzukommen. Einem Jeden, welcher das im §. 17 mitgetheilte umfassende, in legislativer Beziehung ungemein lehrreiche Material aus den Präsidialberichten prüft, wird neben großer Einsicht in die Verhältnisse und deren Durchdringung ein Eifer, eine Hingebung und Liebe für den Gegenstand entgegentreten, welche nur durch eine wahre Befriedigung am Berufe der Civilrechtspflege erzeugt werden können.

Der Grundsatz der Mündlichkeit ist in der bürgerlichen Proceßordnung für das Königreich Hannover mit großer Consequenz durchgeführt worden, reiner und schärfer, als in irgend einer anderen deutschen oder außerdeutschen Legislation. Die schriftlichen Anträge sind vorbereitend, nicht bestimmend; Conclusionen kennen wir nicht; das Parteienvorbringen in der Audienz und nur dieses ist für die Urtheilsfällung entscheidend. Daß dieser reine Grundsatz der Mündlichkeit an und für sich betrachtet, der allein richtige sei, kann vernünftigerweise nicht bezweifelt werden, ist auch von keinem Gerichtsvorsitzenden bezweifelt worden. Der gedachte Grundsatz ist der

einfachste und natürlichste, jedenfalls am meisten geeignet, der Herstellung des materiellen Rechts zu dienen. In den, der mündlichen Verhandlung voraufgehenden Schriftsätzen liegt das factische Streitmaterial nicht gebunden und gleichsam erstarrt, es erscheint vielmehr in der Audienz als beweglich, flüssig und lebendig, der freien Gestaltung zugänglich und diese, durch das Parteienvorbringen in Verbindung mit dem richterlichen Fragerecht empfangend. Das Rechtsverhältniß kann sich frei und klar entfalten, eine Scheidung von Factum und Rechtssatz ist insofern ohne alles Interesse. Verhandlungen, welche Rechtsverhältnisse frei entwickeln und gestalten, müssen wegen ihrer Frische und Lebendigkeit anregend wirken, das Interesse der Richter aber auch schon aus dem Grunde in vollen Anspruch nehmen, weil diese eben über dasjenige, was ihnen mündlich vorgetragen wird, und über nichts Anderes zu entscheiden haben. — Diese großen Vorzüge kann ein Proceßverfahren nie haben, welches der mündlichen Verhandlung Schriftsätze voraufgehen läßt, wodurch das factische Streitmaterial bestimmt, fixirt wird, gleichviel, ob nun dieses fixirte Material von den Parteien oder von einem Richter, als Berichterstatter in der Gerichtssitzung wiederholt wird. Das factische Streitmaterial ist gebunden, dem richterlichen Fragerecht schwerer zugänglich, die Scheidung vom Factum und Rechtssatz erscheint von großem Interesse, die mündliche Verhandlung sinkt zur Form herab, indem nicht dasjenige, was mündlich vorgetragen wird, sondern das in den Schriftsätzen Niedergelegte als entscheidend sich darstellt.

Das mündliche Verfahren der bürgerlichen Proceßordnung hat jedoch neben seinen Lichtseiten eine Schattenseite. Das in der Audienz gesprochene Wort verschwindet mit dem Augenblicke der Erklärung; muß es erhalten werden, so wird es, da das Gedächtniß der Hörer nicht ausreicht, urkundlich darzustellen sein. Wenn es nun für die Proceßrechte der Parteien von großem Interesse ist, daß das entscheidende thatsächliche Vorbringen erhalten werde, so wird der Grundsatz der reinen Mündlichkeit den größten Bedenken ausgesetzt sein, insofern es an ausreichenden Mitteln für jenen Zweck fehlen sollte. Darüber nun, ob Letzteres der Fall sei oder nicht, mag man vom theoretischen Standpuncte aus immerhin zweifeln, praktisch ist diese Frage vollständig erledigt. Es ist von sämmtlichen Gerichtsvorsitzenden übereinstimmend für einen Zeitraum von acht Jahren einbezeugt, daß Anträge

auf Berichtigung des schriftlich festgestellten Thatbestandes zu den allergrößten Seltenheiten gehört haben. Daraus folgt, daß so gut wie immer der Thatbestand richtig fixirt worden ist, daß also auch die mit Einsicht gehandhabten Mittel der Proceßordnung völlig ausgereicht haben, um ihren Zweck zu erfüllen. Die gedachten Ausnahmsfälle werden — selbst wenn in dem einen oder andern derselben die Berichtigungsanträge ihren Zweck nicht erfüllt haben sollten — ganz außer Ansatz bleiben müssen: denn nun und nimmer wird man das Verlangen rechtfertigen können, daß eine Proceßnorm absolut, für alle Fälle als eine dem processualischen Bedürfnisse genügende sich erweise. Auch für Proceßnormen gelten die Worte des Juristen Celsus: Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt. — Jenem wichtigen Erfahrungssatze gegenüber, haben denn auch Gerichtsvorsitzende, welche größere Bedenken gehegt, sich beruhigt und selbst diejenigen derselben, welche geglaubt haben, daß unbeschadet des Grundsatzes selbst zur Hebung jener Bedenken geeignete neue Vorschriften gegeben werden könnten, die Meinung geäußert, daß mit den letzteren gewartet werden dürfe, bis ein praktisches Bedürfniß hervortrete. Wenn schließlich aber aus der großen Reihe von Richtern, welche seit dem 1. October 1852 als Gerichtsvorsitzende thätig gewesen sind, zwei oder auch drei dafür gehalten haben, daß es mit Rücksicht auf jene Bedenken sich empfehlen werde, den Grundsatz selbst aufzugeben bez. zu modificiren, so wird auf diese vereinzelten Stimmen wohl um so weniger Gewicht zu legen sein, als sie selbst das große Ausnahmeverhältniß der Berichtigungsanträge und damit ferner bezeugen, daß auch unter ihrer Leitung die betreffenden Proceßmittel ausgereicht haben, um ihren Zweck, eine richtige Feststellung des Thatbestandes, zu erreichen.

Unter den Gerichtsvorsitzenden bestehen verschiedene Ansichten darüber, in welchem Umfange die Fixirung des mündlichen Vorbringens durch das Sitzungsprotocoll geboten sei bez. dem Geiste des Proceßverfahrens entspreche. Während einige dafür halten, daß nach den Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung sämmtliches neues Vorbringen, gleichviel, ob es den Inhalt der verhandelten schriftlichen Anträge abändert oder erweitert, zum Sitzungsprotocolle

zu fixiren sei, wollen andere dieses auf eigentliche Abänderungen beschränken. Die Richtigkeit der ersteren Ansicht scheint uns nicht besonders zweifelhaft zu sein. Neben der Vorschrift des §. 102 der B. P. O.

„Der Vorsitzende des Gerichtes hat auf Antrag der Partei, der Gegenpartei, der beisitzenden Richter und selbst von Amtswegen zu verordnen, daß wesentliche thatsächliche Abweichungen des mündlichen Vortrags von dem schriftlichen Vorbringen durch nachträgliches schriftliches Vorbringen oder das Sitzungsprotocoll festgestellt werden.

Die schriftlich festgestellten Abweichungen sind zu verlesen."

besteht die Vorschrift des §. 95, jene erstere erläuternd bez. erweiternd:

„Wenn im Laufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung neue Anträge gestellt, oder auch bereits gestellte Anträge ihrem thatsächlichen Inhalte nach in wesentlichen Beziehungen geändert, oder mit Rücksicht auf das gegnerische Vorbringen (Einreden, Repliken u. s. w.) erweitert werden, so ist in Gemäßheit des §. 102 zu verfahren."

Diesem gemäß dürfte nach den Vorschriften der bürgerlichen Proceßordnung das gesammte für die Entscheidung relevante thatsächliche Vorbringen, insoweit es nicht in den verhandelten schriftlichen Anträgen enthalten ist, zum Sitzungsprotocolle entweder unmittelbar oder mittelst schriftlicher, sofort zum Protocolle zu übergebender Notizen festzustellen sein.

Auch wird schwerlich zugegeben werden können, daß ein solches Verfahren dem Geiste der Proceßordnung nicht entspreche, und den Grundsatz der Mündlichkeit gefährde. Das würde allerdings der Fall sein, wenn jenes Verfahren eine häufige Unterbrechung der Anwälte mit sich führen müßte: denn durch ein solches Zerreißen der Vorträge würden diese an Klarheit verlieren, die Hauptsache zum Besten der Nebensache, des Protocolls, leiden, der mündlichen Verhandlung alle Frische und Lebendigkeit geraubt werden. Allein dem die Verhandlungen leitenden Richter würde, falls er, um den Vorschriften der §§. 95. 102 der B. P. O. zu genügen, die Vorträge der Parteien unterbrechen wollte, lediglich eine falsche Anwendung des Gesetzes zur Last fallen, indem derselbe vielmehr erst nach Beendigung der ohne Unterbrechung fortgesetzten Vorträge der Par-

teien dazu wird schreiten dürfen, die im Laufe der Verhandlung hervorgetretenen, von ihm bez. den beisitzenden Richtern vorläufig notirten Abweichungen durch den Gerichtsschreiber zum Sitzungsprotocolle feststellen zu lassen. Indem auf diese Weise die in der mündlichen Verhandlung hervorgetretenen Abweichungen von den schriftlichen Anträgen noch einmal in Gegenwart der zur Urtheilsfällung berufenen Richter hervorgehoben werden, bleibt der Grundsatz der Mündlichkeit in aller Maße gewahrt.

Soviel dürfte freilich gewiß sein, daß es weit einfacher ist, wenn die Abweichungen des mündlichen Vortrags von den schriftlichen Anträgen anstatt zum Sitzungsprotocolle sofort im Urtheile fixirt werden; Zeitverlust und Langeweile sämmtlicher bei der Verhandlung betheiligten Personen werden dadurch gemieden. Diese letzteren Uebelstände, wenn man sie so bezeichnen will, treten auch in einem viel größeren Umfange ein, als der Gesetzgeber dieses voraussehen konnte. Daß die Macht des Grundsatzes der Mündlichkeit sich so groß erweisen würde, als dieses wirklich der Fall gewesen ist, lag außer aller und jeder Berechnung. Wenn die Gewöhnung von Richtern und Advocaten berücksichtigt, daneben das pecuniäre Interesse der letzteren nicht außer Betracht gelassen wurde, so mußte man befürchten, daß sowohl das außergerichtliche schriftliche Vorverfahren als auch das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung weit über die Fälle hinaus, für welche diese Ausnahmeproceduren vom Gesetze bestimmt sind, zur Anwendung würden gebracht werden; jedenfalls konnte man nicht annehmen, daß die Ausnahmeproceduren sich auf ein äußerstes Minimum beschränken und weit innerhalb des vom Gesetze für sie gezogenen Kreises zurückbleiben würden. Man durfte ferner annehmen, daß wenn die Gegenanträge neue Thatsachen enthalten, der klägerische Anwalt regelmäßig oder doch häufiger weitere schriftliche Anträge verhandeln werde, zumal da hierfür eine besondere Schriftsatzgebühr Platz greift. Unter solchen Umständen, da die Vorschriften der §§. 95. 102 der bürgerlichen Proceßordnung nicht der Art sind, daß sie das richterliche Ermessen ausschlössen, möchte ein Verfahren, welches die Abweichungen des mündlichen Vortrags von den schriftlichen Anträgen im größeren Umfange, anstatt zum Sitzungsprotocolle, im Urtheile schriftlich feststellt, nur dann zu mißbilligen sein, wenn es die Proceßrechte der Parteien gefährdete. Dieses kann jedoch auf

Grund der gemachten Erfahrungen nicht angenommen werden, da auch diejenigen Gerichtsvorsitzenden, welche das letztere Verfahren eingeschlagen haben, bezeugen, daß Berichtigungsanträge, wenn überhaupt, so doch nur in äußerst seltenen Fällen vorgekommen seien. Ein besonderes Interesse gewähren in dieser Beziehung die im §. 17 unter den Nrn. XVIII. und XVII. mitgetheilten berichtlichen Aeußerungen.

Mit dem mündlichen Verfahren der Hannoverschen Proceßordnung ist noch der wesentliche Vortheil verbunden, daß die schriftlichen Anträge unbedenklich ohne Mitwirkung des Proceßgerichtes zur Mittheilung gelangen können. Da die schriftlichen Anträge die mündliche Verhandlung nur vorbereiten, nicht sie bestimmen sollen, so würde ein richterliches Decretiren ohne Sinn sein, und lediglich dazu dienen, einerseits den Proceß zu verzögern, andererseits aber dem Gerichte eine ganz überflüssige Arbeit zuzuwenden. Klagen, welche unter der Herrschaft des code de procédure in lebhafter Weise darüber geführt worden sind, daß die Processe in den Schreibstuben der Anwälte begraben liegen, konnten in Hannover nicht wohl laut werden, sind auch nie erhoben worden: denn nach dem Hannoverschen Proceßrechte bleibt der Rechtsstreit vom Anfange an dem Gerichte nicht fremd und wird ihm nicht fremd, sobald ein Urtheil erlassen ist. Schon vor Behändigung der Klage bestimmt der Gerichtsvorsitzende den Tag für die mündliche Verhandlung und hat für die Fortsetzung des Verfahrens von Amtswegen Sorge zu tragen. Wenn man gesagt hat, daß nach dem Proceßrechte des code de procédure die Anwälte Herren des Rechtsstreits seien, so wird man umgekehrt sagen dürfen, daß nach dem Hannoverschen Proceßrechte das Gericht denselben beherrsche.

Bei den Ministerialberathungen über den Entwurf der bürgerlichen Proceßordnung hat es nicht an Zweifeln darüber gefehlt, ob es sich empfehle, den Grundsatz der Mündlichkeit in seiner Reinheit durchzuführen; als der Entschluß gefaßt wurde, dieses zu thun, war man sich wohl bewußt, daß ein kühner Wurf geschehe; man tröstete sich, wie später hervorragende Mitglieder der Ständeversammlung, damit, daß das schriftliche Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung einen Zufluchtsort darbieten werde, wenn das mündliche Verfahren der Proceßordnung sich nicht bewähren sollte. Nachdem durch die Erfahrung einer längeren Reihe von Jahren der

zweifelhafte Versuch als ein völlig gelungener sich erwiesen hat, ist für diejenigen Staaten, welche das Civilverfahren reformiren wollen, die Prüfung der Frage, ob man ein wirklich mündliches Verfahren einführen oder bei halben Maßregeln stehen bleiben wolle, erheblich erleichtert, für Hannover aber die Sache wohl vollständig erledigt. Ein Staat mag von einem schriftlichen zu einem schriftlich-mündlichen Proceßverfahren übergehen, und sich bei diesem um so wohler fühlen, als das alte Verfahren mangelhafter war, allein schwerlich wird ein Staat, welcher die großen Wohlthaten eines mündlichen Verfahrens während einer längeren Reihe von Jahren genossen hat, sich dazu entschließen, dieses als bewährt befundene und durch die Liebe der mit der Ausübung der Civilrechtspflege betrauten Personen getragene Verfahren mit einem Verfahren auszutauschen, welches sich ein mündliches nennt, der Wahrheit nach aber dieses nicht ist.